Die Stockwerkeigentümergemeinschaft

Praktische Möglichkeiten und Grenzen
vertraglicher Gestaltung
im schweizerischen und deutschen Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ROLF H. WEBER

von Zürich und Ebnat-Kappel SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Schulthess Polygraphischer Verlag AG Zürich 1979

Die Stockwerkeigentümergemeinschaft

Praktische Möglichkeiten und Grenzen
vertraglicher Gestaltung
im schweizerischen und deutschen Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ROLF H. WEBER

von Zürich und Ebnat-Kappel SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Schulthess Polygraphischer Verlag AG Zürich 1979

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 11. Juli 1979

Der Dekan:
Prof. Dr. J. Rehberg

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 41 der Reihe

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979
Druck: Verlag Hans Schellenberg Winterthur

MEINEN ELTERN

HERRN PROFESSOR ARTHUR MEIER-HAYOZ

möchte ich für die stets fruchtbare Betreuung meiner Arbeit sowie für sein Wohlwollen, das er ihr und mir persönlich während meiner Tätigkeit als seinem Assistenten entgegengebracht hat, herzlich danken. Mein Dank gilt weiter all denen, die in irgendeiner Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsverzeichnis VIII
Literaturverzeichnis XVIII
Abkürzungsverzeichnis XXV

1. TEIL

Allgemeines 1

§ 1 Zur Thematik und Zielsetzung der Arbeit 1
§ 2 Die dogmatische Konstruktion des Stockwerkeigentums 4
§ 3 Die Vertragsgestaltung 17
§ 4 Die Vertragsfreiheit 30

2. TEIL

Die Ausscheidung von gemeinschaftlichen Teilen und Sonderrechten (Die sachenrechtliche Komponente) 53

§ 5 Zur beschränkten Gestaltungsfreiheit 53
§ 6 Der Begriff "Stockwerk" 57
§ 7 Die gemeinschaftlichen Teile 67
§ 8 Die im Sonderrecht stehenden Teile 111
§ 9 Veränderungen in der Zuordnung von Räumen 143
§ 10 Die Nutzungsordnung als Ersatzform 168
§ 11 Überblick über die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten am Beispiel der Garagen/Autoabstellplätze 178

3. TEIL

Zum Inhalt der Gemeinschaftsordnung (Die schuldrechtliche Komponente) 198

1. Kapitel

Die Gebrauchs- und Nutzungsregelung 198

§ 12 Zweckbestimmung und Gebrauchsregelung im allgemeinen 198
§ 13 Gebrauch und Nutzung am Sonderrecht 216
§ 14 Gebrauch und Nutzung an den gemeinschaftlichen Teilen 241

2. Kapitel
Die Kostentragung 252

§ 15 Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Kostenverteilung 252

3. Kapitel
Verwaltungshandlungen und bauliche Massnahmen 269

§ 16 Zum Begriff und Bereich der Verwaltung 269
§ 17 Die Verwaltungsordnung im schweizerischen Recht 272
§ 18 Die Verwaltungsordnung im deutschen Recht 292
§ 19 Sonderfragen 300

4. Kapitel
Die Versammlung der Stockwerkeigentümer 309

§ 20 Stellung und Aufgaben der Versammlung 309
§ 21 Das Stimmrecht und andere Mitwirkungsrechte 317
§ 22 Die Durchführung der Versammlung (Einberufung, Beschlussfähigkeit, Leitung, Beschlussfassung, Protokoll) 359
§ 23 Das schriftliche Verfahren 397
§ 24 Mangelhafte Beschlüsse 402

5. Kapitel
Der Ausschuss 412

§ 25 Die vertragliche Ausgestaltung der Rechtsstellung des Ausschusses 412

6. Kapitel
Der Verwalter 418

§ 26 Bedeutung und Person des Verwalters 418
§ 27 Begründung, Bestand und Beendigung des Rechtsverhältnisses mit dem Verwalter 424
§ 28 Aufgaben des Verwalters 457

7. Kapitel
Sanktionen der Gemeinschaftsordnung 484

§ 29 Überblick über die möglichen Sanktionen gegenüber pflichtwidrig sich verhaltenden Stockwerkeigentümern 484
§ 30 Geldstrafen im besonderen 487

8. Kapitel
Das Ausscheiden aus der Stockwerkeigentümergemeinschaft 495

§ 31 Der Bestandesschutz 495
§ 32 Der Ausschluss eines Stockwerkeigentümers 496
§ 33 Das Vorkaufsrecht 523
§ 34 Das Einspracherecht gegen die Veräusserung 536

INHALTSVERZEICHNIS

1. TEIL

Allgemeines 1

§ 1 Zur Thematik und Zielsetzung der Arbeit 1

§ 2 Die dogmatische Konstruktion des Stockwerkeigentums 4

I Möglichkeiten von Rechten an Wohnungen 4
II Ausgestaltungsvarianten beim Stockwerkeigentum 7
III Das Wohnungseigentum nach deutschem Recht 9
A Allgemeines 9
B Miteigentumstheorie 10
C Sondereigentumstheorie 11
D Theorien mit Verbindungen mehrerer Elemente 12
IV Das Stockwerkeigentum nach schweizerischem Recht 14

§ 3 Die Vertragsgestaltung 17

I Aufgaben und Leitlinien der Vertragsgestaltung 17
A Die Zukunftsgestaltung 17
B Die inhaltliche Ausrichtung 19
II Das Vorgehen bei der Vertragsgestaltung 22
III Der konkrete Vollzug bei der Vertragsgestaltung 24
IV Mögliche Regelungsformen beim Stockwerkeigentum 27

§ 4 Die Vertragsfreiheit 30

I Wesen und Bedeutung der Vertragsfreiheit 30
II Die Schranken der Vertragsfreiheit 34
A Allgemeines 34
B Verstoss gegen zwingendes Recht 37
C Sittenwidrigkeit 37
D Die Suche nach weiteren Schutzmöglichkeiten zugunsten der schwächeren Vertragspartei 39
1. Überblick 39
2. Die Inhaltskontrolle nach deutschem Recht 40
3. Die schweizerische Zurückhaltung gegenüber einer Inhaltskontrolle – Ersatzmöglichkeiten 42
III Vertragsfreiheit und ihre Schranken beim Stockwerkeigentum im besonderen 44
A Rechtfertigung und Problematik der Vertragsfreiheit 44
B Schranken der Vertragsfreiheit 46
1. Zwingendes Recht 46
2. Sittenwidrigkeit 47
3. Gleichbehandlung 47
4. Institutsmissbrauch 47
5. Treu und Glauben 48
IV Nachbemerkung: Zur Überprüfungskognition des Grundbuchführers 48

2. TEIL

Die Ausscheidung von gemeinschaftlichen Teilen und Sonderrechten (Die sachenrechtliche Komponente) 53

§ 5 Zur beschränkten Gestaltungsfreiheit 53

§ 6 Der Begriff "Stockwerk" 57

§ 7 Die gemeinschaftlichen Teile 67

I Die Bedeutung der Abgrenzung zwischen den gemeinschaftlichen und den zu Sonderrecht ausgeschiedenen Teilen 67
II Die gesetzliche Regelung 69
III Zwingend gemeinschaftliche Teile 73
A Boden und Baurecht 73
1. Allgemeines 73
2. Einzelne Beispiele 73
B Elementare Gebäudeteile 75
1. Allgemeines 75
2. Einzelne Beispiele 77
3. Die Rechtsverhältnisse bei Einfamilienhäusern und Nebengebäuden im besonderen 79
C Die äussere Gestalt des Gebäudes 86
1. Allgemeines 86
2. Die Fenster im besonderen 89
3. Veranden, Loggien, Balkone und Dachterrassen im besonderen 91
D Gemeinsame Anlagen und Einrichtungen 92
1. Allgemeines 92
2. Einzelne Beispiele 93
3. Zentrale Heizungsanlage im besonderen 97
IV Gewillkürt gemeinschaftliche Teile 109

§ 8 Die im Sonderrecht stehenden Teile 111

I Bedeutung der vertraglichen Ausgestaltung 111
II Die Abgeschlossenheit 112
A Der Grundsatz 112
1. Die räumliche Trennung 112
2. Die wirtschaftliche Einheit 113
3. Das Fehlen der Abgeschlossenheit 115
B Spezialfälle 115
C Ausnahmen 116
1. Nicht fremde Räume 116
2. Autoabstellplätze 118
a) Einstellplätze in Sammelgaragen 118
b) Abstellplätze auf dem nicht überdachten Oberdeck eines Hauses 119
c) Abstellplätze in Doppelstockgaragen 122
3. Veranden, Loggien, Balkone 124
a) Veranden und Loggien 124
b) Balkone 125
4. Dachterrassen 126
5. Altrechtliches Stockwerkeigentum 128
III Der eigene Zugang 129
IV Zum Problem der sog. Untergemeinschaften 131

A Die Ausgangslage 131
B Nachbareigentum 132
C Untergemeinschaften auf sachenrechtlicher Basis 135
D Untergemeinschaften auf Grundlage einer Nutzungs- und Gebrauchsregelung 137
V Kasuistik 138
A Sonderrecht im Rauminnenbereich 138
1. Zur Frage der Bestandteilseigenschaft 138
2. Einzelne Beispiele 139
B Sonderrecht im Raumaussenbereich 140
VI Die Sonderrechtsvermutung 141

§ 9 Veränderungen in der Zuordnung von Räumen 143

I Allgemeines 143
II Begriff, Bedeutung und Bezifferung der Wertquote 144
A Der Begriff der Wertquote 144
B Die Bedeutung der Wertquote 144
C Die Bezifferung der Wertquote 146
1. Formelle Anforderungen hinsichtlich der Bezifferung 146
2. Die materielle Berechnung der Wertquoten 148
III Die Änderung der Wertquote 149
A Problemübersicht 149
B Fallstudien 150
1. Allgemeines 150
2. Räumliche Vergrösserung oder Verkleinerung am zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäude 151
3. Die Aufspaltung von Stockwerkeinheiten ohne und mit Weiterveräusserung 153
4. Die Vereinigung von Eigentumswohnungen 155
5. Die Teilveräusserung der Stockwerkeinheit an einen anderen oder an andere (nicht alle) Stockwerkeigentümer 156
6. Die Teilveräusserung der Stockwerkeinheit an einen Dritten 159
7. Die Teilveräusserung einer Stockwerkeinheit an die Stockwerkeigentümergemeinschaft oder an alle Stockwerkeigentümer 160
a) Die Stockwerkeigentümergemeinschaft als Beteiligte (Schweiz) 160
b) Alle Stockwerkeigentümer als Beteiligte 162
c) Der Sonderfall der vertraglichen Aufhebung des Sonderrechts an einer Stockwerkeinheit 163
d) Der Sonderfall des Verzichts auf eine Stockwerkeinheit 164
C Die formellen Anforderungen der Quotenänderung 165
1. Das schweizerische Recht 165
a) Die Zustimmung der direkt Beteiligten 165
b) Der Genehmigungsbeschluss der Stockwerkeigentümerversammlung 166
2. Das deutsche Recht 167
3. Der Berichtigungsanspruch im besonderen 167

§ 10 Die Nutzungsordnung als Ersatzform 168

I Funktion und Ersatzmöglichkeiten der Nutzungsordnung 168
II Die Einräumung von Nutzungsrechten an den gemeinschaftlichen Teilen 169
A Sondernutzungsrechte 169
B Dienstbarkeiten 172
C Obligatorische Rechtsgeschäfte 173
III Nutzungsrechte im Zusammenhang mit Sonderrechtsteilen 174

A Die Bildung einer besonderen Gemeinschaft 174
B Dienstbarkeiten 175

§ 11 Überblick über die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten am Beispiel der Garagen/Autoabstellplätze 178

I Allgemeines 178
II Autoabstellplätze auf demselben Grundstück 181
A In einem Gebäude 181
1. Ausgestaltung zu Sonderrecht 181
a) Allgemeines 181
b) Mit der Stockwerkeinheit verbundener Autoabstellplatz 181
c) Mit einem selbständigen Miteigentumsanteil verbundener Autoabstellplatz 183
d) Bildung einer besonderen Gemeinschaft 184
aa) Allgemeines 184
bb) Miteigentümergemeinschaft 185
cc) Sonstiges Gemeinschaftsverhältnis 188
dd) Schuldrechtlich konzipierte "Stockwerkeigentümergemeinschaft" 189
2. Ausgestaltung als gemeinschaftlicher Teil 189
a) Allgemeines 189
b) Einräumung eines Sondernutzungsrechts 190
c) Begründung einer Dienstbarkeit 192
d) Vermietung 193
B Im Freien 194
III Autoabstellplätze auf einem selbständigen Grundstück 195
A Schaffung realen Einzeleigentums 195
B Bildung einer besonderen Gemeinschaft durch die Beteiligten 196
C Eigentum eines Dritten 196

3. TEIL

Zum Inhalt der Gemeinschaftsordnung (Die schuldrechtliche Komponente) 198

1. Kapitel

Die Gebrauchs- und Nutzungsregelung 198

§ 12 Zweckbestimmung und Gebrauchsregelung im allgemeinen 198

I Überblick über die gesetzliche Regelung 198
II Die Antinomie von Individual- und Gemeinschaftsinteressen 200
III Die Zweckbestimmung 202
IV Die Gebrauchsregelung 207

§ 13 Gebrauch und Nutzung am Sonderrecht 216

I Allgemeines 216
II Besondere Gebrauchsrechte 222
A Gewerblicher und beruflicher Gebrauch 222
B Haustierhaltung 228
III Gebrauchsüberlassungsrechte 231
A Vermietung und Verpachtung 231
1. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Beschränkungen 231
2. Der vollständige Ausschluss des Rechts auf Vermietung 232

3. Die teilweise Beschränkung des Rechts auf Vermietung 232
4. Vermietungszwang 239
B Wohnrecht 240

§ 14 Gebrauch und Nutzung an den gemeinschaftlichen Teilen 241

I Allgemeines 241
II Die teilbare Nutzung 242
III Der unteilbare Gebrauch 243
A Mitgebrauch oder Einräumung von Sondernutzungsrechten 243
B Einzelne Beispiele 245
1. Autoabstellplätze 245
2. Gartenbenützung 246
3. Antennen 248
4. Beschilderungen, Reklamen 249
5. Schliessen der Haustüre 251

2. Kapitel

Die Kostentragung 252

§ 15 Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Kostenverteilung 252

I Die gesetzliche Regelung 252
II Die Ausgestaltung des Verteilungsschlüssels 255
III Abänderung des Verteilungsschlüssels 262

3. Kapitel

Verwaltungshandlungen und bauliche Massnahmen 269

§ 16 Zum Begriff und Bereich der Verwaltung 269

I Der Begriff der Verwaltung 269
II Überblick über die Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen 270

§ 17 Die Verwaltungsordnung im schweizerischen Recht 272

I Überblick über die gesetzliche Regelung 272
II Die Unterscheidung nach der sachlichen und zeitlichen Bedeutung 274
A Die notwendigen Verwaltungshandlungen 274
B Die dringlichen Verwaltungshandlungen 276
III Die Unterscheidung nach dem Sachnutzen 277
A Der Begriff der baulichen Massnahmen 277
1. Fehlende Umschreibung im Gesetz 277
2. Zur Frage der extensiven Auslegung der "baulichen Massnahmen" 278
3. Zur Problematik der Neubauten 280
B Die notwendigen baulichen Massnahmen 281
C Die nützlichen baulichen Massnahmen 283
D Die luxuriösen baulichen Massnahmen 285
IV Die Unterscheidung nach der Tragweite 288
A Die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen 288
B Die wichtigeren Verwaltungshandlungen 289
C Die ausserordentlichen Verwaltungshandlungen 292

§ 18 Die Verwaltungsordnung im deutschen Recht 292

I Überblick über die gesetzliche Regelung 292
II Das Recht auf selbständiges Handeln des einzelnen 293
III Die Unterscheidung nach der Tragweite der Verwaltungshandlungen 294
A Die ordnungsmässigen Instandhaltungs- und Instandsetzungsmassnahmen 294
B Die besonderen Aufwendungen 297

§ 19 Sonderfragen 300

I Das Aufstockungsrecht 300
II Der Anspruch auf eine ordnungsmässige Verwaltung 302
A Gegenüber der Versammlung 302
B Gegenüber dem Verwalter 306
III Handlungspflichten? 306

4. Kapitel

Die Versammlung der Stockwerkeigentümer 309

§ 20 Stellung und Aufgaben der Versammlung 309

I Die Stellung der Versammlung 309
II Die Organisation der Versammlung 311
III Überblick über den Aufgabenbereich der Versammlung 312
IV Grenzen der Zuständigkeit der Versammlung 314
A Die Zuständigkeit der Stockwerkeigentümer 315
B Die Zuständigkeit des Verwalters und des Ausschusses 316

§ 21 Das Stimmrecht und andere Mitwirkungsrechte 317

I Kopfstimmrecht und Wertquotenstimmrecht 318
A Allgemeines zum Stimmrecht 318
1. Umschreibung 318
2. Rechtliche Qualifikation und systematische Einordnung des Stimmrechts 318
3. Funktion und Zweck des Stimmrechts 320
4. Umfang und Inhalt des Stimmrechts 320
B Die gesetzliche Regelung 321
C Überblick über die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten 323
D Grenzen vertraglicher Stimmrechtsgestaltung 324
II Schranken der Stimmberechtigung 333
A Verzicht auf das Stimmrecht 333
B Ausschluss vom Stimmrecht 334
C Ruhen des Stimmrechts 334
D "Wegfall" des Stimmrechts bei fehlender materieller Betroffenheit: Untergemeinschaften 339
III Die Vertretung 341
A Die Zulässigkeit von Vertretungsbeschränkungen 341
B Die Delegiertenversammlung (sog. "verdrängende Vollmacht") 343
IV Stimmrecht bei mehreren dinglich Berechtigten 347
A Gemeinsam dinglich Berechtigte 347
B Das Stimmrecht bei der Nutzniessung 351
C Das Stimmrecht beim Wohnrecht 355
V Andere (formelle) Mitwirkungsrechte 356
VI Anhang: Mitwirkungspflichten 359

§ 22 Die Durchführung der Versammlung 359

I Die Einberufung der Versammlung 360

A Die Zuständigkeit zur Einberufung der Versammlung 360
1. Der Verwalter 360
2. Eine Minderheit von Stockwerkeigentümern 361
3. Der Ausschuss 363
4. Rechtsbehelfe bei Untätigkeit des Verwalters 364
B Die formellen Voraussetzungen der Einberufung 366
1. Die Einberufungsfrist 366
2. Die Form der Einberufung 366
3. Die Traktandenliste 368
4. Die Universalversammlung 370
5. Die Einberufung gegenüber mehreren Berechtigten 370
C Die Einberufung zur zweiten Versammlung 371
D Die Eventualeinberufung 372
II Die Beschlussfähigkeit 373
A Der Zweck von Vorschriften über die Beschlussfähigkeit 373
B Die Beschlussfähigkeit der ersten Versammlung 373
C Die Beschlussfähigkeit der zweiten Versammlung 376
D Verzicht auf die zweite Versammlung? 377
III Die Leitung der Versammlung 379
IV Die Beschlussfassung 380
A Überblick über die erforderlichen Mehrheiten (Quoren) 380
1. Schweiz 380
2. Deutschland 382
3. Anhang: Die Rechtfertigung des Einstimmigkeits- bzw. Mehrheitsprinzips 383
B Die Abänderbarkeit der Quorumsbestimmungen 385
1. Beim Erlass genereller Normen 385
a) Reglement 385
b) Hausordnung 387
2. Beim Erlass konkreter Anordnungen 388
3. Anhang: Die Abänderbarkeit der Zweckbestimmung 388
C Berechnung der Mehrheiten 388
1. Mehrheit aller oder nur der anwesenden Stockwerkeigentümer 388
2. Mehrheit der anwesenden oder der stimmenden Stockwerkeigentümer 390
3. Absolute oder relative Mehrheit 392
4. Die Mehrheit nach Anteilen 393
5. Der Stichentscheid des Verwalters oder Versammlungsvorsitzenden 393
V Das Protokoll 394

§ 23 Das schriftliche Verfahren 397

I Zirkulationsbeschlüsse 397
II Urabstimmung 399

§ 24 Mangelhafte Beschlüsse 402

I Die Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen 402
A Nichtigkeit und Anfechtbarkeit 402
B Anfechtungstatbestände 404
C Anfechtbare Akte 405
D Anfechtungslegitimation 407
E Anfechtungsfrist 408
II Schadenersatzansprüche 410

5. Kapitel

Der Ausschuss 412

§ 25 Die vertragliche Ausgestaltung der Rechtsstellung des Ausschusses 412

I Wesen und Zusammensetzung 412
II Bestellung und Abberufung 413
III Aufgaben und Befugnisse 415

6. Kapitel

Der Verwalter 418

§ 26 Bedeutung und Person des Verwalters 418

I Die Bedeutung des Verwalters für die Stockwerkeigentümergemeinschaft 418
II Der Zwang zu Bestellung eines Verwalters 419
III Die Person des Verwalters 421
A Personeneinheit und Personenmehrheit 421
B Anforderungen an den Verwalter 423

§ 27 Begründung, Bestand und Beendigung des Rechtsverhältnisses mit dem Verwalter 424

I Begründung des Verwalterverhältnisses 424
A Bestellung: einheitlicher oder zweiteiliger Rechtsakt? 424
B Die Bestellung durch die Versammlung 426
1. Grundsatz 426
2. Beschränkungen der Bestellung 428
3. Dauer der Bestellung 430
4. Stellvertretung 432
C Bestellung durch den Richter 433
1. Ausgestaltung des Individualanspruches 433
2. Voraussetzungen 434
3. Prozessuale Durchführung des Begehrens 436
a) Klageeinleitung 436
b) Inhalt des Beschlusses 436
c) Wirkungen des Beschlusses 437
4. Beendigung der richterlich angeordneten Verwaltung 438
II Der Verwaltervertrag 440
A Rechtsnatur 440
1. Deutschland 440
2. Schweiz 440
B Inhalt des Verwaltervertrages 445
III Beendigung des Verwalterverhältnisses 449
A Beendigungsgründe 449
B Die Abberufung im besonderen 450
1. Die Abberufung durch die Versammlung 450
a) Grundsatz 450
b) Beschränkungen der Abberufung 451
2. Abberufung durch den Richter 454
C Folgen der Beendigung des Verwalterverhältnisses 456

§ 28 Aufgaben des Verwalters 457

I Die Kompetenzausscheidung 457
A Die Zuständigkeit der Stockwerkeigentümerversammlung 458
B Die Zuständigkeit des Ausschusses 458

C Die Zuständigkeit der Stockwerkeigentümer 459
II Mindestbefugnisse des Verwalters 459
III Überblick über die Aufgaben des Verwalters 461
A Allgemeines 461
B Innenverhältnis (Geschäftsführungsbefugnis) 462
C Aussenverhältnis (Vertretungsmacht) 463
IV Aufgaben des Verwalters, insbesondere die Finanzverwaltung 466
A Formelle Verwaltungsaufgaben 466
B Finanzielle Verwaltungsaufgaben 467
1. Erstellung einer Jahresabrechnung und eines Kostenvoranschlages 468
2. Bestimmungsgemässe Verwaltung und Verwendung der Gelder 470
3. Verteilung der gemeinschaftlichen Kosten und Inkasso der Beiträge 472
4. Verwaltung des Erneuerungsfonds 474
C Faktische Verwaltungsaufgaben 478
1. Exekutive Aufgaben 478
a) Abgeleitete Ausführungsfunktionen 478
b) Selbständige Ausführungsfunktionen 479
c) Kontrollfunktionen 480
2. Legislative Aufgaben 481
3. Judikative Aufgaben 482

7. Kapitel

Sanktionen der Gemeinschaftsordnung 484

§ 29 Überblick über die möglichen Sanktionen gegenüber pflichtwidrig sich verhaltenden Stockwerkeigentümern 484

§ 30 Geldstrafen im besonderen 487
I Zulässigkeit und Begründung 487
II Rechtsnatur der Geldstrafe 488
III Gründe, Verhängung und richterliche Überprüfung der Geldstrafe 491

8. Kapitel

Das Ausscheiden aus der Stockwerkeigentümergemeinschaft 495

§ 31 Der Bestandesschutz 495

§ 32 Der Ausschluss eines Stockwerkeigentümers 496
I Funktion und Bedeutung des Ausschlusses 496
A Rechtfertigung und Stellung des Ausschlusses 496
B Die Bedeutung des Ausschlussrechts 498
II Die materiellen Voraussetzungen des Ausschlusses 501
A Die gesetzliche Regelung 501
B Die Abänderbarkeit der gesetzlichen Regelung 507
C Der betroffene Personenkreis 510
III Die formellen Voraussetzungen des Ausschlusses 513
A Die gesetzliche Regelung 513
B Die Abänderbarkeit der gesetzlichen Regelung 516
IV Durchführung und Folgen des richterlichen Verfahrens 520

§ 33 Das Vorkaufsrecht 523

I Wesen und Funktion 523
II Rechtsnatur 525
III Begründung und Änderung 526
IV Die Vorkaufsberechtigten 527
V Die Ausübung des Vorkaufsrechts 529
A Der Eintritt des Vorkaufsfalles 529
B Die Durchsetzung des Vorkaufsanspruches 535

§ 34 Das Einspracherecht gegen die Veräusserung 536

I Wesen und Funktion 536
II Begründung und Änderung 538
III Einsprachefähige Rechtsgeschäfte 538
IV Die Ausübung des Einspracherechts 543
A Die materielle Voraussetzung des wichtigen Grundes 543
B Die Durchführung des Einspracheverfahrens 546

LITERATURVERZEICHNIS

Die Literatur ist im wesentlichen bis März 1979 verarbeitet.

Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen. Die hier aufgeführten Autoren werden nur mit dem Namen zitiert und einem allenfalls kennzeichnenden Beiwort (in Klammern).

Aliesch, Peter, Graubünden nach der Einführung des Stockwerkeigentums, Diss. Zürich 1976.

Amonn, Kurt, Das Stockwerkeigentum in der Zwangsvollstreckung, BlSchK 1968, 1–17.

Amtliches Stenographisches Bulletin des Nationalrates 1963, 185–228, 527–535, 563–565, 685 (zit. StenBull NR 1963).

Amtliches Stenographisches Bulletin des Ständerates 1963, 204–225, 283–287, 376 (zit. StenBull StR 1963).

Bärmann, Johannes, Theorie und Praxis des Wohnungseigentums, SJZ 1960, 113–123 (zit. Bärmann, SJZ 1960).

– Praxis des Wohnungseigentums mit Formularen und Mustern, München 1968 (zit. Bärmann, Praxis).

– 25 Jahre Wohnungseigentumsgesetz, Köln 1976 (zit. Bärmann, 25 Jahre).

– Für und wider die Novelle zum Wohnungseigentumsgesetz, Rechtspfleger 1977, 233–242 (zit. Bärmann, Rechtspfleger 1977).

Bärmann, Johannes/Merle, Werner/Pick, Eckhart, Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. München 1975 (zit. der/die Bearbeiter, z.B. Bärmann/Pick).

Bärmann, Johannes/Pick, Eckhart, Wohnungseigentumsgesetz, Erläuterte Ausgabe, 9. Aufl. München 1978 (zit. Bärmann/Pick, Kurzkommentar).

Bauer, Walo, Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1977.

Baur, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 9. Aufl. München 1977.

Becker, Hans, Berner Kommentar zum ZGB (Obligationenrecht), Bd VI/1 (2. Aufl. 1941) und Bd VI/2 (1. Aufl. 1934).

Besson, Charles, Questions pratiques relatives à la propriété par étages, ZBGR 1966, 348–355.

Bielefeld, Volker, Mehr Rechte für den Wohnungseigentümer, Der Wohnungseigentümer 1976, 36–42.

Bopp, Elmar, Die vertragliche Ausgestaltung des Wohnungseigentums in der Praxis, dargestellt am Beispiel der Stadt Karlsruhe, Diss. Karlsruhe 1968.

Börner, Bodo, Das Wohnungseigentum und der Sachbegriff des bürgerlichen Rechts, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Bd I, Tübingen 1963, 201–227.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Abänderung des vierten Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 7. Dezember 1962, BBl 1962 II 1461 ff.

Bürgi, Wolfhart F., Zürcher Kommentar zum ZGB (Obligationenrecht), Bd V/5 (Art. 660 ff), 1957 ff.

Clasen, Heinrich, Zum Wesen und Inhalt des Verwaltervertrages von Eigentumswohnungen, BlGBW 1972, 110–111.

Conitz, Helmut, Ist die Heizungszentrale einer Wohnungseigentümergemeinschaft bei Mitversorgung fremder Wohngebäude sondereigentumsfähig? Rechtspfleger 1973, 390–392.

Curti, Eugen, Die Mitgliedschaftsrechte der Vereinsmitglieder nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1952.

Degenhart, Max, Entwicklungen im Wohnungseigentumsrecht, in: Aktuelle Rechtsprobleme aus der Sicht des Bayrischen Obersten Landesgerichts, München 1972, 20–30.

Demharter, Johann, Bundesratsinitiative zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes, Rechtspfleger 1977, 41–50 (zit. Demharter, Rechtspfleger 1977).

– Neues zur Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, Rechtspfleger 1978, 117–120 (zit. Demharter, Rechtspfleger 1978).

Deschenaux, Henri, Introduction à la propriété par étages, Fribourg 1965.
Diester, Hans, Kommentar zum WEG, Köln 1952 (zit. Diester, § ...).
– Das Wohnungseigentum setzt sich durch, NJW 1960, 268–273 (zit. Diester, NJW 1960).
– Loggien und Balkone sind Sondereigentum im Sinne des Wohnungseigentumsgesetzes, NJW 1961, 301–302 (zit. Diester, NJW 1961).
– Wohnungseigentum heute, BlGBW 1963, 293–300 (zit. Diester, BlGBW 1963).
– Günstige Fortentwicklung des Wohnungseigentums, NJW 1965, 793–799 (zit. Diester, NJW 1965).
– Die Aufgaben der Grundbuchämter nach dem Wohnungseigentumsgesetz, Rechtspfleger 1965, 193–217 (zit. Diester, Rechtspfleger 1965).
– Die Rechtsprechung zum Wohnungseigentumsgesetz, München und Berlin 1967 (zit. Diester, Rechtsprechung).
– Das heutige Raumeigentum, NJW 1970, 1107–1114 (zit. Diester, NJW 1970).
– 20 Jahre Wohnungseigentum, NJW 1971, 1153–1158 (zit. Diester, NJW 1971).
– Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes: Sondereigentum an Pkw-Einstellplätzen, BB 1972, 685–687 (zit. Diester, BB 1972).
– Die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, Rechtspfleger 1972, 197–203 (zit. Diester, Rechtspfleger 1972).
– Grenzen der Anwendbarkeit des § 12 WEG (Veräusserungsbeschränkung bei Eigentumswohnungen), Rechtspfleger 1974, 245–246 (zit. Diester, Rechtspfleger 1974).
– Wichtige Rechtsfragen des Wohnungseigentums, München 1974, (zit. Diester, Rechtsfragen).
Eggen, Gerhard, Privatrechtliche Fragen des neuen Bauens und ihre Wirkungen auf das Grundbuch, ZBGR 1972, 207–219 (zit. Eggen, ZBGR 1972).
– Die Aenderung von Bestimmungen des Reglementes, Stockwerkeigentum 1976/4, 3–5 (zit. Eggen, Stockwerkeigentum 1976/4).
Egger, August, Zürcher Kommentar zum ZGB, Bd I, 2. Aufl. 1930.
Eickmann, Dieter, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Freiwillige Gerichtsbarkeit, Rechtspfleger 1978, 1–9.
Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. Tübingen 1959/60 (2 Bände).
Entwicklung und Reform des Wohnungseigentums, mit Beiträgen von Hanns Seuss, Werner Merle, Heinz Peters, Wolfgang Müller und Johannes Bärmann, Hamburg 1977 (zit. Autor, Entwicklung und Reform des Wohnungseigentums).
Erman, Walter, Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bände, 6. Aufl. Westfalen 1975 (zit. Erman/jeweiliger Bearbeiter, z.B. Erman/Westermann betr. das WEG).
Esser, Josef/Schmidt, Eike, Schuldrecht, Bd I (Allgemeiner Teil, 2 Teilbände), 5. Aufl. Karlsruhe und Heidelberg 1975/76.
Flattet, Guy, La propriété par étages, ZSR 1956 II 591 a–737 a.
– La propriété par étage, in: Sixième journée juridique (1966), Genève 1967, 7–40 (zit. Flattet, 1966).
– Copropriété par appartements et copropriété horizontale, in: Recueil de travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé, Basel 1970, 141–152.
Flume, Werner, Die Vertragsfreiheit – Möglichkeiten und Grenzen – aus der Sicht der Kautelarjurisprudenz, DNotZ 1969, Sonderheft, 30–50.
Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976 (zit. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht).
Frei, Hansjörg, Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1970.
Friedrich, Hans-Peter, Die Wiedereinführung des Stockwerkeigentums in der Schweiz, ZSR 1956 II 1a–261a (zit. Friedrich, ZSR 1956).
– Zur rechtlichen Konstruktion des Stockwerkeigentums, in: Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Max Gerwig, Basel 1960, 13–29 (zit. Friedrich, Konstruktion).
– Stockwerkeigentum und Grundbuch, ZBGR 1964, 321–365 (zit. Friedrich, ZBGR 1964).
– Das Stockwerkeigentum, Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, 2. unveränderte Aufl., Bern 1972 (zit. Friedrich § ...).
– Praktische Fragen im Zusammenhang mit der Begründung von Stockwerkeigentum, ZBGR 1966, 321–348 (zit. Friedrich, ZBGR 1966).

– Stockwerkeigentum, SJK 1301–1305, 1968 (zit. Friedrich, SJK).
– Erfahrungen mit dem Stockwerkeigentum, ZBGR 1973, 129–154 (zit. Friedrich, ZBGR 1973).
Gautschi, Georg, Berner Kommentar zum ZGB (Obligationenrecht), Bd V/2/4 (Auftrag), 3. Aufl. 1971.
Gerwig, Max, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1957.
Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 8.3.1977 betr. das WEG, Drucksache 8/161 (zit. Drucksache 8/161).
Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 29.9.1978 betr. das WEG, Drucksache 445/78 (zit. Drucksache 445/78).
Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 28.12.1978 betr. das WEG, Drucksache 8/2444 (zit. Drucksache 8/2444).
Götte, Urs Niklaus, Die Teilung von nichtlandwirtschaftlichen Liegenschaften im Erbgang, mit besonderer Berücksichtigung der Schaffung von Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 1977.
Guhl, Theo/Merz, Hans/Kummer, Max, Das schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl. Zürich 1972.
Haab, Robert, Zürcher Kommentar zum ZGB, Bd IV/1 (Art. 641 ff), 1929 ff.
Haefliger, Peter, Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1978.
Haegele, Joachim/Haegele, Rainer, Vorteilhafte Vertragsabschlüsse, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1977.
Haring, Werner, Das Wohnungseigentum nach spanischem und deutschem Recht, Diss. Frankfurt/Bern 1976.
Haug, K.H., Inhalt und Grenzen der notariellen Belehrungspflicht, DNotZ 1972, 388–422, 453–484.
Hauger, Maria, Schweizerisches Stockwerkeigentum und deutsches Wohnungseigentum im Rechtsvergleich, Diss. Frankfurt/Bern 1977.
Heini, Anton, Die Vereine, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd II, Basel und Stuttgart 1967, 515–569.
Herold, Georg/Romanovszky, Bruno, Vorteilhafte Vertragsgestaltung, 4. Aufl. Freiburg i.B. 1974.
Von Heynitz, Jobst, Uebertragbare und belastbare Berechtigungen an Abstellplätzen? DNotZ 1971, 645–655.
Hindermann, Walter E./Streiff, Ullin, Leitfaden für den Abschluss von Verträgen, 5. Aufl. Glattbrugg/Zürich 1971.
Hindermann, Walter E., Leitfaden zu Baurecht und Stockwerkeigentum, 3. Aufl. Glattbrugg/Zürich 1975.
Huber, Hans, Gedanken zum Stockwerkeigentum, Stockwerkeigentum 1978/2, 27–30.
Hubernagel, Gerhard, Wohnungseigentumsgesetz, Stuttgart 1952.
Hueck, Götz, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958.
Hurst, Werner, 'Mit-Sondereigentum' und 'abgesondertes Miteigentum', noch ungelöste Probleme des Wohnungseigentumsgesetzes? Versuch einer systematischen Einordnung, DNotZ 1968, 131–153, 286–302.
Isler, Peter, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss. Bern 1973.
Jäggi, Peter, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich 1976.
Karstädt, Frowin, Das Wohnungseigentum – kritisch gewürdigt, BlGBW 1962, 296–301, 311–313 (zit. Karstädt, BlGBW 1962).
– Wohnungseigentum morgen, BlGBW 1964, 97–99 (zit. Karstädt, BlGBW 1964).
– Wohnungseigentum – Grundsätzliches über Teilungserklärungen der Praxis, MDR 1965, 256–261 (zit. Karstädt, MDR 1965).
– Entwicklungsprobleme des Wohnungseigentums, MDR 1967, 366–368 (zit. Karstädt, MDR 1967).
Klaus, Felix, Der Schutz des Vereinszweckes, Diss. Fribourg 1977.
Köbl, Ursula, Inhaltskontrolle notarieller Massenformularverträge und Bedingungen 'wirksamer' Baugewährleistungshaftung, DNotZ 1973, 389–406.
Kummer, Max, Berner Kommentar zum ZGB, Bd I/1 (Art. 8–10), 1962 (zit. Kummer, Einleitung).

Kuntze, Joachim/Ertl, Rudolf/Herrmann, Hans/Eickmann, Dieter, Grundbuchrecht, 2. Aufl. Berlin/New York 1979.
Kunz, Romano, Ueber die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Diss. Bern 1963.
Kürzel, Otto, Bestellung und Abberufung des Verwalters nach dem Wohnungseigentumsgesetz, BlGBW 1972, 25–26.
Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd I (Allgemeiner Teil), 11. Aufl. München 1976.
Leemann, Hans, Berner Kommentar zum ZGB, Bd IV/2 (Art. 730–918), 1925.
Lieb, Manfred, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Ueberlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 1978, 196–226.
Liver, Peter, Zürcher Kommentar zum ZGB, Bd IV/2 (Art. 730–744), 1951–1968 (zit. Liver, Art. ...).
– Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, in: Gedächtnisschrift Ludwig Marxer, Zürich 1963, 143–202 (zit. Liver, Marxer).
– Das Stockwerkeigentum, Freiheit und Gebundenheit der Stockwerkeigentümer, in: Mitteilungen des Schweizerischen Anwaltsverbandes, 1964, Heft 9 (4–14) und Heft 10 (2–8) (zit. Liver, SAV).
– Gemeinschaftliches Eigentum, ZbJV 1964, 261–269 (zit. Liver, ZbJV 1964).
– Rezension der Dissertation von Kurt Müller, ZbJV 1965, 307–312 (zit. Liver, ZbJV 1965).
– Der Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte und auf den Miteigentumsanteil, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, 353–375 (zit. Liver, Verzicht).
– Fragen aus dem Gebiet des Stockwerkeigentums und des Baurechts, Der bernische Notar 1969, 321–337 (zit. Liver, Berner Notar).
– Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd V/1, Basel und Stuttgart 1977, 1–401.
Lörtscher, Thomas, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977.
Magnenat, Henri-E., La propriété par Etage, Lausanne 1965.
Mathys, Peter, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Verwaltung von Stockwerkeigentum, BJM 1972, 273–291.
Matthaei, Wolf-Dieter, Die zivilrechtliche Problematik der Schaffung von in der Grösse variablen Eigentumswohnungen, Bonn 1976.
May, Erich, Lässt das Wohnungseigentumsgesetz neben dem Sondereigentum und dem gemeinschaftlichen Eigentum ein Mitsondereigentum einzelner Wohnungseigentümer zu? JZ 1957, 81–84.
Meier-Hayoz, Arthur, Berner Kommentar zum ZGB, Bd I/1 (Art. 1 und 4), 1962 (zit. Meier-Hayoz, Einleitung).
– Berner Kommentar zum ZGB, Bd IV/1/1 (Syst. Teil und Art. 641–654, 4. Aufl. 1966), Bd IV/1/2 (Art. 655–679, 3. Aufl. 1965), Bd IV/1/3 (Art. 680–701, 3. Aufl. 1975) (zit. Meier-Hayoz, Art. ...).
Meier-Hayoz, Arthur/Zweifel, Martin, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, 383–397.
Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. Bern 1978 (zit. Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht).
Mengiardi, Reto, Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten, Diss. Bern 1972.
Merle, Werner, Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 des Wohnungseigentumsgesetzes, Berlin 1977 (zit. Merle, Bestellung).
– Die Sondereigentumsfähigkeit von Garagenstellplätzen auf dem nicht überdachten Oberdeck eines Gebäudes, Rechtspfleger 1977, 196–199 (zit. Merle, Rechtspfleger 1977).
– Zur Uebertragung sog. Sondernutzungsrechte, Rechtspfleger 1978, 86–87 (zit. Merle, Rechtspfleger 1978).
– Das Wohnungseigentum im System des bürgerlichen Rechts, Berlin 1979 (zit. Merle, Wohnungseigentum).
Merz, Hans, Berner Kommentar zum ZGB, Bd I/1 (Art. 2), 1962 (zit. Merz, Einleitung).
Michaud, Patrice, L'organisation de la communauté des propriétaires par étages, Diss. Lausanne 1974.
Montchal, Max, Das Stockwerkeigentum, St. Gallen 1964.
Moser, Susy, Wohnbaugenossenschaften, Diss. Zürich 1978.

Müller, Christoph, Zur Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. Bern 1973 (zit. Ch. Müller).
Müller, Kurt, Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum, Diss. 3. unveränd. Aufl. Bern 1975 (zit. K. Müller).
Noack, Andreas, Sondereigentumsfähigkeit von Doppelstockgaragen? Rechtspfleger 1976, 5–6 (zit. Noack, Rechtspfleger 1976).
– Die Veräusserung von Pkw-Abstellplätzen, Rechtspfleger 1976, 193–197 (zit. Noack, Rechtspfleger 1976).
Noll, Peter, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973.
Notariatsinspektorat des Kantons Zürich, Mitteilung Nr. 20 vom 29. August 1974 (hektographiert).
Die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes aus der Sicht des Gesetzgebers, der Bauträger, der Verwalter und der Wohnungseigentümer, mit Beiträgen von Werner Stadler, Hubertus Plattenteich, Wolfgang Müller, Johannes Bärmann, Dieter Stephan, Düsseldorf 1978 (zit. Autor, Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes).
Oftinger, Karl, Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 315–333.
Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm, Zürcher Kommentar zum ZGB (Obligationenrecht), 2. Aufl. Bd V/1 (1929) und V/2 (1936).
Ottiker, Moritz, Pfandrecht und Zwangsvollstreckung bei Miteigentum und Stockwerkeigentum, Diss. Bern 1972.
Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Aufl. München 1978 (zit. Palandt/jeweiliger Bearbeiter, z.B. Palandt/Bassenge betr. das WEG).
Pelli, Fulvio, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als Schranke der Ermessensfreiheit der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1978.
Pestalozzi, Christoph, Mehrstimmrecht in der Generalversammlung und Urabstimmung der Genossenschaft, Diss. Zürich 1977.
Peter-Ruetschi, Tina, Das schweizerische Stockwerkeigentum, 3. Aufl. Zürich 1971 (zit. Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum).
– Erfahrungen mit dem Reglement der Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft und Anregungen, 3. Aufl. Zürich 1973 (zit. Peter-Ruetschi, Erfahrungen).
Peyer, Jürg, Der Widerruf im schweizerischen Auftragsrecht, Diss. Zürich 1974.
Pfeuffer, Martin, Die Rechtsstellung des Verwalters einer Wohnungseigentümergemeinschaft, NJW 1970, 2233–2236.
Pick, Eckhart, Vermietungsrecht von Wohnungseigentum und Ortsüblichkeit, BlGBW 1969, 127 (zit. Pick, BlGBW 1969).
– Das Wohnungseigentum auf dem Prüfstand, JR 1972, 99–103 (zit. Pick, JR 1972).
– Ordnungsmässiger Gebrauch und bauliche Veränderung i.S. des WEG, NJW 1972, 1741–1743 (zit. Pick, NJW 1972).
Rehbinder, Eckard, Die Rolle der Vertragsgestaltung im zivilrechtlichen Lehrsystem, AcP 1974, 265–312.
Rey, Heinz, Zur Quotenänderung beim Stockwerkeigentum, ZBGR 1979, 129–143.
Riemer, Hans Michael, Die Anwendung des Vereinsrechts auf die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, ZBGR 1975, 257–268.
Roggwiller, Hans, Der 'wichtige Grund' und seine Anwendung im ZGB und OR, Diss. Zürich 1956.
Röll, Ludwig, Teilungserklärung und Entstehung des Wohnungseigentums, Köln 1975 (zit. Röll, Teilungserklärung).
– Die Instandhaltungsrücklage nach dem Wohnungseigentumsgesetz, NJW 1976, 937–939 (zit. Röll, NJW 1976).
– Die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten als Problem des Wohnungseigentums, NJW 1976, 1473–1477 (zit. Röll, NJW 1976).
– Die Aenderung der Teilungserklärung nach dem Wohnungseigentumsgesetz, Rechtspfleger 1976, 283–286 (zit. Röll, Rechtspfleger 1976).
– Rechtsfragen bei der Errichtung von Eigentumswohnanlagen in mehreren Bauabschnitten, DNotZ 1977, 69–81 (zit. Röll, DNotZ 1977).
– Gedanken zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes, DNotZ 1978, 579–584 (zit. Röll, DNotZ 1978).

Rosenbauer, Helmut, Das Wohnungs- bzw. Teileigentum und seine Einordnung in das bürgerliche Recht, Diss. Mainz 1968.
Ruedin, Jean, L'acte constitutif de propriété par étages, 10 années d'expériences pratiques, Stockwerkeigentum 1976/1, 5–9.
Santschi, Alfred, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 1968, 1–16.
Sattiva, Henri, Recherches sur la propriété par étages, Diss. Lausanne 1954.
Schippel, Helmut/Brambring, Günter, AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge, DNotZ 1977, 131–159, 197–224.
Schluep, Walter R., Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich/St. Gallen 1955.
Schmedes, Wilhelm, Bedarf die Uebertragung eines ideellen Anteils an einer Eigentumswohnung auf den anderen Anteilsberechtigten der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer? Rechtspfleger 1974, 421 f.
Schmid, Emil, Zürcher Kommentar zum ZGB (Obligationenrecht), Bd. V/2/b (Miete), 1974/1977 (zit. E. Schmid).
Schmid, Fritz, Die Begründung von Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 1972 (zit. F. Schmid).
Schmid, Michael J., Verdrängende Vollmacht zur Erleichterung von Wohnungseigentümerversammlungen? DNotZ 1975, 138–145 (zit. M. Schmid).
Schmid, Michael J., Der Verwaltungsbeirat nach § 29 WEG, BlGBW 1976, 61–62 (zit. M. Schmid, BlGBW 1976).
Schneeberger, Ernst, Kommerzielles Vertragsrecht, Zürich 1976.
Schneider, Benno, Das schweizerische Miteigentumsrecht, Diss. Bern 1973.
Schollen, Werner, Die Mitwirkung des Notars bei der Bildung des rechtsgeschäftlichen Willens, DNotZ 1969, Sonderheft, 51–71 (zit. Schollen, DNotZ 1969).
– Zur Bedeutung der sozialen Wirklichkeit für die Vertragsgestaltung des Notars, DNotZ 1976, 197–210 (zit. Schollen, DNotZ 1976).
Schöner, Hartmut, Das Stimmrecht des Niessbrauchers in der Versammlung der Wohnungseigentümer, DNotZ 1975, 78–87.
Schopp, Heinz, Gemeinschafts- oder Sondereigentum am Heizwerk sowie an Heizungssträngen und -anlagen, Rechtspfleger 1974, 91–92.
Schucany, Emil, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1940.
Schwarz, Egon, Die Stellung des Verwalters nach dem Wohnungseigentumsgesetz, BlGBW 1970, 62–65.
Siegwart, Alfred, Zürcher Kommentar zum ZGB (Obligationenrecht), Bd V/4 (Art. 530–619), 1938 und Bd V/5 a (Art. 620–659), 1945.
Soergel, Hs. Th., Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. (Bd. 1 und 5), 10. Aufl. (restliche Bände) (zit. Soergel/jeweiliger Bearbeiter, z.B. Soergel/Baur betr. das WEG).
Sonnenberger, J., Der Erwerb von Wohnungsrechten in der Schweiz, DNotZ 1965, 324–337.
Sprenger, Werner, Entstehung, Auslegung und Auflösung des Mietvertrages für Immobilien (unter Berücksichtigung der zürcherischen Gesetzgebung und Rechtspraxis), Diss. Zürich 1972.
Staudenmaier, Herbert, Die Behandlung der Kfz-Einstellplätze beim Wohnungseigentum, BWNotZ 1975, 170–174.
Staudinger, J.v., Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 10./11. Aufl. (zit. Staudinger/jeweiliger Bearbeiter, z.B. Staudinger/Ring betr. das WEG).
Von Steiger, Fritz, Das Recht der Aktiengesellschaft, 4. Aufl. Zürich 1970.
Stöber, Kurt, Berufung einer zweiten, erleichtert beschlussfähigen Versammlung, Rechtspfleger 1978, 10–11.
Studer, Peter, Zur Willensbildung in der Gemeinschaft der Mit- und Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1964.
Stumpp, Hans, Das Sondereigentum an Sammelgaragen, MittBayNotV 1971, 10–12.
Tasche, Friedrich, Kellertausch unter Wohnungseigentümern und verwandte Probleme, DNotZ 1972, 710–719 (zit. Tasche, DNotZ 1972).
– Wege zur Aenderung des Verteilungsschlüssels für die Betriebskosten bei Wohnungseigentum. DNotZ 1973, 453–466 (zit. Tasche, DNotZ 1973).
– Eventualeinberufung und verdrängende Vollmacht zur Erleichterung von Wohnungseigentümerversammlungen? DNotZ 1974, 581–596 (zit. Tasche, DNotZ 1974).

Tiekötter, Klaus, Der rechtliche Charakter der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und der Vereinigung zur Begründung von Wohnungseigentum, Diss. Bielefeld 1963.
Von Thur, Andreas/Peter, Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd I (2 Teilbände) Zürich 1974/1978.
Von Thur, Andreas/Escher, Arnold, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd II, Zürich 1974.
Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl. Zürich 1975.
Ullrich, Wolfgang, Wohnungseigentumsrecht ab 1. Oktober 1973, Darmstadt und Neuwied 1973.
Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Dieter, AGB-Gesetz, Kommentar, Köln 1977.
Weber-Dürler, Hans Peter, Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung als Beschlussfassungsformen des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Diss. Bern 1973.
Weber, Rolf H., Zur Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergemeinschaft, SJZ 1979, 117–126 (zit. Weber, SJZ 1979).
– Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum, ZBGR 1979, 144–177 (zit. Weber, ZBGR 1979).
Weimar, Wilhelm, Darf eine Eigentumswohnung für berufliche Zwecke benutzt werden? MDR 1971, 726–727 (zit. Weimar, MDR 1971).
– Inwieweit darf ein Wohnungseigentümer bauliche Veränderungen vornehmen? JR 1974, 57–59 (zit. Weimar, JR 1974).
– Zur Rechtslage bei Gärten in Eigentumswohnanlagen, MDR 1976, 115–116 (zit. Weimar, MDR 1976).
Weitnauer, Hermann/Wirths, Carl, Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, 5. Aufl. München 1974.
Weitnauer, Hermann, Die Uebertragung des Gebrauchsrechts an Kraftfahrzeug-Abstellplätzen, Rechtspfleger 1976, 341–342 (zit. Weitnauer, Rechtspfleger 1976).
– Zeitgemässe und unzeitgemässe Betrachtungen zum Wohnungseigentum, DNotZ 1977, Sonderheft, 31–50 (zit. Weitnauer, DNotZ 1977, SH).
Westermann, Harm-Peter, Kautelarjurisprudenz, Rechtsprechung und Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, AcP 1975, 375–425 (zit. Westermann, AcP 1975).
Westermann, Harry, Sachenrecht, 5. Aufl. Karlsruhe 1966 (zit. Westermann, Sachenrecht).
Wolf, Manfred, Die Privatautonomie, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, hrsg. v. Volker Emmerich u.a., Frankfurt a.M. 1972, 19–58.
Wolff, Martin/Raiser, Ludwig, Sachenrecht, 10. Aufl. Tübingen 1957.
Ziege, Hans-Joachim, Das Stimmrecht mehrerer Inhaber eines Wohnungseigentums, NJW 1973, 2185–2188.
Zimmermann, Herbert, Nutzungsbeschränkungen des Sondereigentums im WEG und die vorgeschlagenen Aenderungen, Rechtspfleger 1978, 120–125.
Zöllner, Wolfgang, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München und Berlin 1963.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz über die AGB
Anh	Anhang
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BBl	(schweizerisches) Bundesblatt
Bd.	Band
Berner Notar	Zeitschrift des bernischen Notar-Vereins
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Schweiz)
BGH, BGHZ	Bundesgerichtshof (Deutschland), Entscheid des BGH
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlGBW	Blätter für Grundstücks- Bau- und Wohnungswesen
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BWNotZ	Baden-Württenbergische Notarzeitschrift
bzw.	beziehungsweise
CCit	Codice civile italiano
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
ErbbRVO	Verordnung über das Erbbaurecht
evtl.	eventuell
f, ff	folgende
GBO	Grundbuchordnung
GBV	Grundbuchverordnung
GenG	Genossenschaftsgesetz
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH (GmbHG)	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)
hrsg. v.	herausgegeben von
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	(deutsche) Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KG	Kammergericht (Berlin)
LG	Landgericht
Lit. (zit. Lit.)	Literatur (zitierte Literatur)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens

MittBayNotV	Mitteilungen des Bayrischen Notar-Vereins
m.W.	meines Wissens
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
Rechtspfleger	Der deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft
SAV	Schweizerischer Anwalts-Verband
SchlT	Schlusstitel
SemJud	Semaine Judiciaire
StenBull NR (StR)	Stenographisches Bulletin des Nationalrates (Ständerates)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sog.	sogenannt
Stockwerkeigentum	Stockwerkeigentum (Zeitschrift, Zürich 1973 ff)
TA	Tages-Anzeiger Zürich
u.a.	unter anderem, und andere
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
VZG	Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
zust.	zustimmend

§ 1 Zur Thematik und Zielsetzung der Arbeit

1. Sowohl der schweizerische wie der deutsche Gesetzgeber haben in den grossen Kodifikationen der Jahrhundertwende (ZGB; BGB) von der Verankerung des Stockwerkeigentums abgesehen. Dies hatte vornehmlich zwei Gründe:

- Das Stockwerkeigentum ist nur schwer verträglich mit dem vom römischen Recht übernommenen Akzessionsprinzip (superficies solo cedit).
- Die Erfahrungen mit dem früheren Stockwerkeigentum waren schlecht: horizontal "geteilte" Häuser stellten – angesichts der zunehmend unübersichtlicher werdenden Rechtsverhältnisse – einen Herd von Streitigkeiten dar (communio mater rixarum).

Ausschlaggebend für die Nichtberücksichtigung des Stockwerkeigentums im ZGB und BGB dürften denn auch eher die praktischen als die dogmatischen "Hemmungen" gewesen sein.

Angesichts zunehmender Wohnungsknappheit nach dem zweiten Weltkrieg ist der Ruf nach der Wiedereinführung des Stockwerkeigentums immer vernehmlicher ertönt: 1951 hat der deutsche und – mit etwas Verspätung – 1963 der schweizerische Gesetzgeber eine entsprechende Novelle verabschiedet. Die dogmatische Barriere (superficies solo cedit) hat das deutsche Recht mit einer ausdrücklichen Ausnahme vom Akzessionsprinzip ("in Abweichung von") und das schweizerische Recht dadurch überwunden, dass es dem Stockwerk"eigentümer" ein dinglich wirkendes Sonderrecht einräumte.

2. In Deutschland hat sich das Wohnungseigentum nun seit mehr als einem Vierteljahrhundert entwickelt; in der Schweiz sind seit der Inkraftsetzung anfangs 1965 fast 15 Jahre verflossen. Haben sich die mit der Wiedereinführung des Stockwerkeigentums verbundenen Vorstellungen erfüllt? Wo sind besondere Probleme aufgetaucht? Welche Fragen beschäftigen den Praktiker?

a) In der Schweiz hat sich die Lehre anlässlich der Wiedereinführung des Stockwerkeigentums recht eingehend mit dem neuen Rechtsinstitut beschäftigt; seither hat jedoch – abgesehen von einzelnen Ausnahmen – die wissenschaftliche Auseinandersetzung eher stagniert. Ebenso fehlt es weitgehend an empirischen Studien zum Stockwerkeigentum[1], die Rückschlüsse auf seine wirtschaftliche und soziale Bedeutung zulassen würden.

Im gesamtgesellschaftlichen Kontext betrachtet muss – ohne übertriebene Verallgemeinerung – gesagt werden, dass sich die Einführung des Stockwerkeigentums zwar nicht als Fehlschlag erwiesen hat, aber dennoch nicht diejenige Zugkraft entwickelte, die sich der Gesetzgeber wohl erwünschte. Dazu tragen v.a. zwei Faktoren bei:

- Die Entwicklung des Stockwerkeigentumsbaues war noch kaum richtig angelaufen, als die allgemeine wirtschaftliche Rezession (1973/74) zu weitreichenden Rückschlägen führte.

1 Eine Ausnahme bildet die Dissertation von Aliesch, die sich mit der Verbreitung des Stockwerkeigentums im Kanton Graubünden befasst (v.a. unter wirtschaftsgeographischen und -sozialen Gesichtspunkten).

– In immer stärkerem Masse ist die Preisfrage in den Vordergrund getreten: Stockwerkeigentum wurde gleichgesetzt mit teuren Luxusbauten und übermässigen Gewinnen der Bauträger[2]. Erstellt wurden in der Praxis zwar auch vornehmlich teure Stadt- und Zweit-(Ferien-)Wohnungen[3].

Die Gerichtspraxis in der Schweiz nimmt sich vorläufig noch sehr bescheiden aus; dasselbe Phänomen ist im Anfangsstadium jedoch in Deutschland ebenfalls beobachtet worden.

b) Nach einer gewissen Anlaufzeit hat sich das Wohnungseigentum in Deutschland nun durchgesetzt, auch wenn gewisse wirtschaftliche Probleme (leerstehende Wohnungen, spekulationsfreudige Bauträger) durchaus nicht überwunden sind. Angesichts der recht grossen Verbreitung des Wohnungseigentums haben sich aber auch die praktischen Probleme – im Innen- wie im Aussenverhältnis – gezeigt, wovon eine umfangreiche Rechtsprechung Zeugnis ablegt. Angelpunkt sind in den letzten Jahren immer mehr die grundsätzlich geltende Vertragsfreiheit und deren Missbrauch geworden (z.B. Minderheitenschutz innerhalb des Gemeinschaftsverhältnisses, Erhaltung einer möglichst alleineigentümerähnlichen Stellung des einzelnen). Nach einer ersten kleinen Revision im Jahre 1973 (Beschränkung der Verwalterrechte) steht nun eine weitreichende Novellierung bevor[4], mit der in verschiedenen Bereichen zwingendes Recht zum Schutze der schwächeren Vertragspartei statuiert werden soll.

c) Beide Rechtskreise weisen somit ein breites Feld von Fragen auf, die eine eingehende Erörterung rechtfertigen. Angesichts des zeitlichen Entwicklungsvorsprungs in Deutschland lassen sich für die Schweiz Problemkreise aufzeigen, die bisher noch kaum näher betrachtet wurden. Diesbezüglich leistet die Rechtsvergleichung wertvolle Dienste. Anderseits weist auch das schweizerische Recht Vorzüge auf (z.B. Vorhandensein des Institutes "Reglement"), die Deutschland erst mit der bevorstehenden Novellierung des WEG teilweise zu erreichen versucht (erleichterte Abänderbarkeit der Gemeinschaftsordnung).

3. In der vorliegenden Arbeit steht die Frage der Gestaltung des Innenverhältnisses der Stockwerkeigentümergemeinschaft im Vordergrund. Die Zielsetzung ist dabei eine doppelte:

– Dogmatisch wird der Rechtfertigung und den Grenzen der Vertragsfreiheit im Rahmen der internen Ordnung des Gemeinschaftsverhältnisses nachgegangen; dies schlägt sich nieder im Versuch, aufzuzeigen, inwieweit sich die gesetzlichen Vorschriften ausloten und ausdehnen lassen und wo die Gestaltungsfreiheit

2 Das Problem der übersetzten Preise steht denn auch im Mittelpunkt der Diskussion in der Tagespresse: vgl. beispielsweise eingehend Jakob Keller, Warum sind Eigentumswohnungen eigentlich so teuer?, Tages-Anzeiger vom 20.7. (Teil I) und 31.8.1974 (Teil II). Ende 1973 haben die Coop und die Migros eine Preisbeurteilungsstelle für Eigentumswohnungen eingerichtet, die im März 1974 – nach der Überprüfung von 1200 angebotenen Stockwerkeinheiten – zum Schluss kam, dass die Preise für diese Wohnungen im allgemeinen stark übersetzt seien; neuere Untersuchungen fehlen meines Wissens.

3 So handelt es sich nach Aliesch (52 ff) in den untersuchten Gebieten von Flims und Lenzerheide/Valbella um 85–95% Zweitwohnungen.

4 Vgl. Drucksache 8/161, Drucksache 445/78, Drucksache 8/2444.

– auch auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze – eine Beschränkung erfahren muss.
– Im Hinblick auf den praktischen Bezug der Arbeit kommt der Vertragsgestaltung entscheidende Bedeutung zu: Welche Vor- und Nachteile bringt diese oder jene Regelung? Anhand des konkreten Beispieles der Stockwerkeigentümergemeinschaft soll zugleich ein Beitrag geleistet werden zur bisher in der Literatur eher vernachlässigten vorausschauenden, planenden, (mit Phantasie) gestaltenden Rechtswissenschaft.

Vor allem unter dem Gesichtspunkt der Praxisnähe ist es darum gegangen, Problemübersichten zu geben und Fragen zu stellen. Dies hat teilweise zu einer assoziativen Bearbeitung geführt, indem bisherige Stellungnahmen zusammengetragen und gewertet sowie mögliche Entwicklungsperspektiven aufgezeigt werden.

Im Hinblick auf den Praktiker ist auch versucht worden, sprachlich eine nicht allzu schwierige Verständlichkeit zu erreichen. Überdies finden sich an einigen Stellen Ausführungen, die zwar die Zielsetzung der Arbeit sprengen (z.B. Bestellung des Verwalters durch den Richter), im Zusammenhang aber doch interessieren dürften.

4. Die Arbeit ist grundsätzlich beschränkt auf die Frage des Innenverhältnisses der Gemeinschaft. Nicht behandelt werden deshalb insbesondere:

– die dogmatische Konstruktion des Stockwerkeigentums: Obwohl sich das Stockwerkeigentum als interessantes "Gebilde" im Schnittpunkt zwischen Sachen- und Schuldrecht erweist, musste angesichts der erwähnten Zielsetzung auf eine tiefergreifende Strukturanalyse des Rechtsinstitutes verzichtet werden, wenngleich zwar, v.a. in der Schweiz, noch durchaus offene Fragen bestehen[5].
– die Begründung von Stockwerkeigentum: Keine Bearbeitung erfahren sowohl die vertraglichen Vorbereitungen zur Gründung (Gründungsgesellschaften)[6] wie auch der Errichtungsakt und der grundbuchliche Vollzug[7].
– das Aussenverhältnis der Stockwerkeigentümergemeinschaft: Darunter fallen Fragen des Auftretens nach aussen (beschränkte Handlungsfähigkeit, Betreibungs- und Prozessfähigkeit[8]), der allfälligen Haftung, der Vertretungsmacht des Verwalters u.a. Insbesondere sind die sich im Zusammenhang mit den Gewährleistungsansprüchen stellenden Probleme ausgeklammert worden[9].
– die pfandrechtlichen Belastungen.

5 Eine knappe Darstellung findet sich immerhin nachfolgend § 2 III (Deutschland) und § 2 IV (Schweiz); vgl. nun auch Merle (Wohnungseigentum, v.a. 162 ff; weil die eingehende Studie erst nach Beginn der Drucklegung erschienen ist, konnte sie im einzelnen nicht mehr verarbeitet werden).

6 Dazu eingehend F. Schmid, 38 ff für die Schweiz und Tiekötter, 103 ff für Deutschland.

7 Vgl. etwa Friedrich, ZBGR 1966, 321 ff und Jean Ruedin, La propriété par étages et le registre foncier, ZBGR 1965, 3 ff, v.a. 7 ff für die Schweiz und die Kommentatoren zu WEG 7 für Deutschland.

8 Das schweizerische Recht hat der Stockwerkeigentümergemeinschaft eine beschränkte Handlungsfähigkeit zuerkannt (vgl. im einzelnen Frei, 34 ff und Weber, SJZ 1979, 117 ff); diese gesetzgeberische "Verleihung" von Handlungsfähigkeit fehlt im deutschen Recht (dazu hinten § 4, Anm. 32).

9 In der Schweiz steht eine umfassende Bearbeitung der sich stellenden Fragen noch aus (vgl. Weber, SJZ 1979, 123 ff), während sich die neuere Lehre in Deutschland eingehender damit befasst hat (vgl. Soergel/Baur, § 3, N 19 f und die dort zitierte Literatur).

– der Untergang des Stockwerkeigentums[10].
– die Gestaltung des Kaufvertrages über Eigentumswohnungen sowohl in dinglicher (z.B. konkreter Kaufgegenstand, allfällige Sicherungen des Käufers, Globalbelastungen, Zeitpunkt der grundbuchlichen Eigentumsumschreibung) wie in schuldrechtlicher Hinsicht (z.B. Fälligkeit des Kaufpreises, Regelung der Erschliessungskosten, Ausgestaltung der Sachmängelhaftung, Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag u.a.)[11].

5. Die rechtsvergleichende Darstellung hat einige terminologische Schwierigkeiten mit sich gebracht. Grundsätzlich wird in der Arbeit von den Ausdrücken des schweizerischen Rechts ausgegangen; wo jedoch bestimmte Ausführungen ausschliesslich das deutsche Recht betreffen, wird auch dessen Terminologie verwendet.

§ 2 Die dogmatische Konstruktion des Stockwerkeigentums

I Möglichkeiten von Rechten an Wohnungen

1. Die Art und Sicherheit der Wohngelegenheit ist für den einzelnen Menschen unbestritten von grosser persönlicher und wirtschaftlicher Bedeutung; das "Sich-zu-Hause-Fühlen" bildet das Rückgrat des täglichen Lebens. An der Tatsache weitgestreuter Wohnungsrechte im weitern Sinne ist aber auch die Gesellschaft interessiert, will sie nicht eine Stimmung allgemeiner Unzufriedenheit aufkommen lassen, die unter Umständen nur schwer vorhersehbare Folgen haben könnte. Die politische Relevanz der Frage liegt in der Schweiz angesichts der Vielzahl der Volksinitiativen, die sich mit Mieterschutz und Eigentumsverteilung befassen, auf der Hand[1].

Die Problematik jeder Wohnpolitik liegt nun darin, dass der Boden – als unvermehrbares Gut – eine Mangelware geworden ist. Eigentumsstreuung lässt sich deshalb in die Breite nicht beliebig verwirklichen: Es kann nicht jedem, der dies wünscht, sein Einfamilienhäuschen zukommen. Der Gesetzgeber hat deshalb andere Wege zu suchen, um dem Sicherungsbedürfnis hinsichtlich einer Wohngelegenheit gerecht zu werden.

2. Ein gesetzgeberischer Weg besteht in der Stärkung der Rechte des Wohnungssuchenden im Rahmen eines schuldrechtlichen Vertrages bzw. in der Ausgestaltung von Rechts- und Gemeinschaftsformen auf schuldrechtlicher Basis.

10 Unberücksichtigt bleiben ebenso Fragen der Zwangsvollstreckung (vgl. dazu die Dissertation von Ottiker sowie Roland Ruedin, Propriété par étages et poursuite pour dettes et faillité, ZBGR 1975, 321 ff).

11 Vgl. dazu für Deutschland Gerhard Knöchlein/Herbert Friederich, Die Gestaltung des Kaufvertrages über Eigenheime und Eigentumswohnungen, MittBayNot 1971, 129–138 sowie Kurt Rudolph, Die Problematik einseitig vorgefertigter Verträge über den Erwerb von Wohnungseigentum, BWNotZ 1973, 73–76.

1 Über die neuere parlamentarische Tätigkeit in diesem Bereich vgl. Hans Christoph Binswanger, Eigentum und Eigentumspolitik, Zürich 1978, 79 ff.

a) Der Schutz des Mieters ist in den vergangenen Jahren sowohl in der Schweiz[2] wie in Deutschland[3] ausgebaut worden. Inhaltlich geht es dabei auf der einen Seite um einen Bestandesschutz (Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses trotz Kündigung in persönlichen Härtefällen) und auf der andern Seite um die Sicherung vor nicht berechtigten (nicht adäquaten) Gegenleistungen für die Überlassung von Wohnraum.

b) Eine weitere Möglichkeit besteht darin, eine Gesellschaft zu gründen, die ihre Wohnungen an die Mitglieder abgibt. Damit eine solche Ausgestaltung Aussicht auf Erfolg hätte, müsste sie etwa folgende Anforderungen erfüllen[4]:

- (obligatorisches) Recht auf ausschliessliche Benützung der Wohnung, das für den Eigentümer schwer, für den Inhaber leicht auflösbar ist;
- Gewähr, dass der Eigentümer die finanzielle Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung nicht unbegründet erhöhen kann;
- Beteiligung des Rechtsinhabers (durch Kapitaleinsatz) am Wert der Wohnung;
- Möglichkeit für den Berechtigten, seine Beteiligung nach der Auflösung des Rechtsverhältnisses zum wirklichen Wert zu veräussern.

Vor allem in der welschen Schweiz haben sich zwei Typen solcher Gesellschaften entwickelt: nämlich die "société immobilière d'actionnaires-locataires" und die "société de créanciers-locataires".

Rechtlich besteht das Vorgehen bei der "société immobilière d'actionnaires-locataires" darin, dass eine Gesellschaft (meist eine AG) gegründet wird[5], die jedoch nicht gewöhnliche Aktien ausgibt, sondern sie von Anfang an bündelt und in Zertifikatsform verkauft (dem Wert der dazugehörenden Wohnung proportional). Mit dem Erwerb des Zertifikates kommt dem Betroffenen eine Wohnung zu: Normalerweise wird dabei ein Mietvertrag abgeschlossen (wegen der erleichterten Übertragbarkeit); immerhin wäre auch die Begründung eines dinglichen Wohnrechts möglich. Bei der "société de créanciers-locataires" tritt noch ein weiteres Element hinzu: Neben der Übernahme eines Aktienzertifikates zahlen die Aktionäre ein Darlehen; dadurch werden die Gesellschaftsstatuten entlastet, denn die Mietrechte lassen sich mit dem Darlehen verknüpfen[6].

c) Als weitere Möglichkeit kommt die Wohnbaugenossenschaft in Frage[7]; nachteilig kann sich jedoch der fehlende Beitrittsanspruch (das Beteiligungspapier ist

2 Vgl. das Bundesgesetz vom 24.6.1970, durch das die Kündigungsschutzbestimmungen OR 267a–f eingefügt worden sind, sowie den Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30.6.1972 (mit seitherigen Änderungen); dazu René Müller, Der Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30.6.1972, Diss. Zürich 1976.

3 Vgl. das 3. Mietrechtsänderungsgesetz vom 21.12.1967, das Mietrechtsverbesserungsgesetz vom 4.11.1971 sowie das nur noch für Berlin geltende Mietpreisbindungsgesetz (allgemeiner Überblick bei Palandt/Putzo, Einf. vor § 535, N 13).

4 Vgl. Paul Richli, Die Miete-Beteiligung an Wohnungen, Diss. Bern 1974, 15 f.

5 Im einzelnen Richli (Anm. 4), 40 ff; Flattet, 698a ff; Sattiva, 61 ff; Sonnenberger, 335 f.

6 Flattet, 708a.

7 Zu ihrer Bedeutung Moser, 22 ff. Der Genossenschaftsgedanke lässt sich jedoch auch im Rahmen von Eigentumswohnungen fruchtbar machen, indem die Genossenschaft zu Stockwerkeigentum aufgeteilte Gebäude erstellt und dann die Einheiten an ihre Mitglieder verkauft (Moser, 14 ff). Dieses Vorgehen verfolgt z.B. die Eiwog in Meilen/ZH.

auch nicht negoziabel) und das zwingende Kopfstimmenprinzip in der Schweiz[8] auswirken.

3. Bereits das geltende Recht kennt jedoch dingliche Formen der Wohnungsberechtigung.

a) Das Wohnrecht (ZGB 776 I; BGB 1093) verleiht den Anspruch, ein Gebäude oder einen Teil davon unter Ausschluss des Eigentümers zu nutzen. Wegen seines Charakters als beschränktes dingliches Recht gibt zwar das Wohnrecht dem einzelnen einen relativ hohen Bestandesschutz, doch ist seine verkehrsmässige Bedeutung deshalb relativ gering, weil es weder übertragen noch vererbt werden kann (ZGB 776 II; BGB 1092).

b) Um den Wegfall des Stockwerkeigentums von 1911 bis 1964 zu überbrücken, ist von der schweizerischen Praxis eine Mischform zwischen den beschränkten dinglichen Rechten und den dinglichen Rechten entwickelt worden, nämlich eine Kombination von Miteigentum gemäss ZGB 646 ff mit einer persönlichen Dienstbarkeit nach ZGB 781[9]; das Bundesgericht hat diese Ersatzform weder ausdrücklich gebilligt noch aber als unzulässig zurückgewiesen[10]. Die Lehre ist dieser Konstruktion teilweise mit Bedenken gegenübergetreten: Die Geschlossenheit der sachenrechtlichen Typen werde durch eine solche Ausgestaltung durchbrochen[11].

Der Vorteil dieser Konstruktion würde darin bestehen, dass ein solches "Sonderrecht mit Servitutscharakter"[12] ausser bei einer anderslautenden Vereinbarung übertragbar wäre (ZGB 781 II). Nachteilig könnte sich aber auswirken, dass bei dieser Miteigentümergemeinschaft sich der Anspruch auf Teilung nur für 30 Jahre wegbedingen lässt[13].

Mit der Einführung des Stockwerkeigentums hat diese Ausgestaltungsmöglichkeit praktisch erheblich an Bedeutung eingebüsst.

c) Seit 1976 kennt Deutschland noch eine neue Form der Nutzung von Wohnungen: Das Gesetz zur Förderung von Wohnungseigentum und Wohnbesitz im sozialen Wohnungsbau (vom 23.6.1976) hat nämlich neben allgemeinen Förderungsmassnahmen die sog. Wohnbesitzwohnungen eingeführt. Der Wohnbesitz wird umschrieben als ein mit einer Beteiligung an einem zweckgebundenen Vermögen verbundenes schuldrechtliches Dauerwohnrecht. Der Wohnbesitz setzt sich also zusammen aus einem schuldrechtlich ausgestalteten Dauerwohnrecht sowie der Beteiligung an einem zweckgebundenen Vermögen[14]. Im einzelnen ist die dogma-

8 In jüngerer Zeit ist nun auch in der Schweiz zur Diskussion gestellt worden, ob nicht in bestimmten Fällen eine Abstufung des Stimmrechts nach Grundsätzen der relativen Gleichbehandlung sachentsprechender wäre (vgl. Pestalozzi, 113 ff, 138 ff, 173 f).

9 Obergericht Luzern, 21.1.1953, SJZ 1955, 349.

10 Vgl. Bundesgericht, 13.12.1955, BGE 81 II 602 f.

11 Theo Guhl in seiner Besprechung des Bundesgerichtsentscheids (ZbJV 1957, 213); Liver, Marxer, 147 f; Flattet, 673a, 676a, 677a und Flattet, 1966, 7 f; vgl. auch Peter Liver, Das Stockwerkeigentum – Umwandlung und Neubegründung, ZBGR 1954, 70 ff; ohne Stellungnahme Hans-Peter Friedrich, Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1963, Basel 1963, 52.

12 Begriff von Sonnenberger, 328.

13 Vgl. im einzelnen BGE 81 II 602 ff, die in Anm. 11 zitierte Literatur sowie Sonnenberger, 330.

14 Vgl. im einzelnen Eckhart Pick, Das neue Recht des Wohnbesitzes, NJW 1976, 1049 ff und Günter Brambring, Die Form der Verträge über die Einräumung und Übertragung von Wohnbesitz, NJW 1976, 1439 f; kritisch Weitnauer, DNotZ 1977, SH, 34.

tische Konstruktion ziemlich kompliziert, weil sich der Wohnbesitz aus einem Bündel von Berechtigungen teils obligatorischer, teils dinglicher Natur zusammensetzt. Der Nachteil gegenüber dem Wohnungseigentum besteht in erhöhten Haftungsgefahren. Weil die Überführung solcher Wohnbesitzwohnungen in echtes Wohnungseigentum vorgesehen ist, wird erst die Zukunft weisen, inwieweit diese neue Rechtsform in der Praxis Anwendung findet.

4. Am stärksten ausgebildet ist die Rechtsstellung des einzelnen, wenn ihm an den Wohnräumen Eigentümerbefugnisse zukommen. Ein solcher wirtschaftlich motivierter Wunsch führt also dogmatisch zum Versuch, horizontale Eigentumsbildung innerhalb desselben Gebäudes zu ermöglichen. Weil dadurch aber das Akzessionsprinzip tangiert werden könnte, erwies sich der alleinige Zugriff auf das Einzeleigentum für den Gesetzgeber als ungangbar. Notwendig war die Verbindung der horizontalen Wohnungsinhaber zu einer Gemeinschaft.

II Ausgestaltungsvarianten beim Stockwerkeigentum

1. Ausgangspunkt bei der Konzipierung von Stockwerkeigentum ist das Eigentum. Weil aber eine vollständige horizontale Zerteilung eines Gebäudes rechtlich nicht möglich ist, kommt nur eine Form der mehrheitlichen Rechtsausübung in Frage.

Von vorneherein ausser Betracht fällt das sog. condominium pro diviso (jedem Berechtigten gehört ein selbständiges Stück, wobei ein äusserer Zusammenhang besteht, der diese Teile zusammen als Einheit erscheinen lässt[15]), weil eine solche Gemeinschaft im schweizerischen und deutschen Recht nicht mehr begründbar ist.

2. Eine mehrheitliche Rechtsausübung ist sowohl beim Gesamteigentum wie beim Miteigentum gegeben (kein Unterschied in der Rechtszuständigkeit); die beiden Formen unterscheiden sich jedoch in ihrer Ausrichtung: Das Gesamteigentum ist kollektivistisch, das Miteigentum individualistisch ausgerichtet[16]; beim Gesamteigentum ist ein persönliches Gemeinschaftsverhältnis unter den Beteiligten vorausgesetzt, wobei der einzelne nur durch die Gemeinschaft und in der Gemeinschaft zur Rechtsausübung fähig ist[17]. Diese Persönlichkeitsbezogenheit hat u.a. auch Auswirkungen auf den Anteil: Er ist nicht selbständig und damit auch nicht frei verfügbar.

Das Miteigentum gewährt somit dem einzelnen wesentlich mehr Freiheiten als das Gesamteigentum; die Beziehungen untereinander sind auf das Notwendigste beschränkt. Diese relativ lose Verbindung (Zusammenschluss nur im Hinblick auf die gemeinschaftliche Sache) ist denn auch für das Stockwerkeigentum besser geeignet, weil sie eher die Möglichkeit offenlässt, dem einzelnen eine möglichst alleineigentümerähnliche Stellung einzuräumen.

Das Gesamteigentum ist dementsprechend als Grundlage für das Stockwerkeigentum nie ernsthaft in Diskussion gestanden[18]. Erst in jüngster Zeit hat Schulze-

15 Vgl. Meier-Hayoz, Syst. Teil, N 199 und Vorbem. zu Art. 646–654, N 8.
16 Meier-Hayoz, Vorbem. zu Art. 646–654, N 2b.
17 Meier-Hayoz, Art. 652, N 1.
18 F. Schmid, 8; vgl. auch Ch. Müller, 15.

Osterloh versucht, in der Wohnungseigentümergemeinschaft eine Gesamthandschaft zu sehen[19]. Er geht dabei aber von einem Gesamthandsbegriff aus, der von der herrschenden Begriffsumschreibung völlig abweicht (jedesmal, wenn mehreren mehr als ein einziger Gegenstand gemeinschaftlich zusteht, soll Gesamthandsberechtigung vorliegen), und kommt dabei zu Folgerungen, die mit dem Wesen des Wohnungseigentums nicht vereinbar sind[20]. Insbesondere ist nicht ersichtlich, worin das besondere persönliche Verhältnis unter den Beteiligten bestehen soll und wie die Selbständigkeit des Anteils (und damit die Verfügungs- sowie Belastungsfreiheit) erreicht werden kann[21].

3. Als Grundlage des Stockwerkeigentums kommt somit nur das Miteigentum in Frage; dies schliesst aber nicht aus, dass die Stockwerkeigentümergemeinschaft auch gesamthänderische und körperschaftliche Elemente aufweist.

In der Literatur werden zwei Arten von Stockwerkeigentum unterschieden, das echte und das unechte Stockwerkeigentum[22]:

a) Das echte Stockwerkeigentum umfasst "das Sondereigentum an einem von verschiedenen Stockwerken eines Gebäudes oder an Teilen eines Stockwerkes, verbunden mit dem Miteigentum an den allen Stockwerken dienenden Teilen des Gebäudes"[23]. Im Vordergrund steht dabei also das Sondereigentum, während das Miteigentum ein notwendiges Anhängsel darstellt. Diese Form des Stockwerkeigentums ist vor allem in den romanischen Ländern verbreitet (Frankreich, Belgien, Italien)[24].

b) Das unechte Stockwerkeigentum geht vom Gemeinschaftsgedanken aus. Im Mittelpunkt steht das Miteigentum, wobei den einzelnen Berechtigten an bestimmten Gebäudeteilen ein – noch näher zu qualifizierendes – dingliches Recht zukommt. Deshalb wird auch der Begriff qualifiziertes Miteigentum verwendet[25].

Unechtes Stockwerkeigentum liegt jedenfalls in der Schweiz vor: Der Gesetzgeber hat bewusst davon abgesehen, die Begründung von Sondereigentum zu ermöglichen und dem einzelnen "lediglich" ein gesetzlich umschriebenes Sonderrecht eingeräumt[26]. Hingegen ist umstritten, ob in Deutschland echtes[27] oder unechtes[28] Wohnungseigentum vorliegt. M.E. ist es jedenfalls unzutreffend, aus dem Begriff

19 Joachim Schulze-Osterloh, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, München 1972, insbesondere 154 ff.

20 So erstreckt sich die gesamthänderische Bindung nach Schulze-Osterloh auch auf das Sondereigentum jedes Wohnungseigentümers (158); es ist aber nicht einzusehen, wie die Gesamthandsberechtigung Gegenstände erfassen will, die gar nicht allen Teilhabern gemeinschaftlich zustehen.

21 Zur Kritik an Schulze-Osterloh vgl. v.a. Weitnauer/Wirths, Vorbem. N 17g sowie Weitnauer, DNotZ 1977, 37.

22 F. Schmid, 9 ff; Hauger, 6 ff.

23 Peter Liver, Das Stockwerkeigentum – Umwandlung und Neubegründung, ZBGR 1954, 3.

24 Dazu F. Schmid, 9–11; K. Müller, 13–15; vgl. auch Bärmann, Einleitung, N 8 ff (zu Belgien), N 13 ff (zu Frankreich), N 61 ff (zu Italien).

25 Friedrich, Konstruktion, 24; K. Müller, 16; Liver, Marxer, 149 f, 184 ff; Liver, SAV 9, 11; F. Schmid, 11; vgl. auch BBl 1962 II 1478 f, 1484 f.

26 Dazu hinten § 2 IV.

27 So Hauger, 8.

28 So F. Schmid, 12.

Sonder"eigentum" einen Schluss ziehen zu wollen[29]. Entscheidend ist deshalb, wie das Wohnungseigentum dogmatisch qualifiziert wird: Geht man mit der herrschenden Lehre[30] in Anlehnung an WEG 3 I davon aus, das Miteigentum stehe im Vordergrund, liegt unechtes Wohnungseigentum vor[31]; folgt man jedoch dem Vorrang des Sondereigentums nach Börner[32], ist echtes Wohnungseigentum anzunehmen.

III Das Wohnungseigentum nach deutschem Recht[33]

A Allgemeines

1. Das WEG geht grundsätzlich von der Einheit des Eigentums an Grundstück und Gebäude aus; unter bewusster Durchbrechung der Prinzipien von BGB 93 und 94 kommt jedoch dem einzelnen an den ihm zugeschiedenen Einheiten (Räume) Sondereigentum zu. Systematisch ist aber das Verhältnis von Miteigentum und Sondereigentum zueinander keineswegs geklärt: In WEG 1 I und II scheint das Sondereigentum im Vordergrund zu stehen, in WEG 3 das Miteigentum. Hat sich also der Gesetzgeber "zwischen zwei Stühle gesetzt"[34]?

Dogmatisch zutreffend ist m.E. von WEG 3 auszugehen, weil darin von der "Konstruktion" im eigentlichen Sinne die Rede ist, während bei WEG 1 das Wohnungseigentum lediglich durch die Begriffsbestimmung veranschaulicht werden soll. Nach WEG 3 lässt sich nun das Miteigentum an einem Grundstück durch Vertrag der Miteigentümer in der Weise beschränken, dass jedem der Miteigentümer das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen in einem auf dem Grundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude eingeräumt wird; WEG 3 legt weiter ausdrücklich fest, dass die vertragliche Begründung von Sondereigentum (Entsprechendes gilt für die sog. Vorratsteilung gemäss WEG 8) durch die Miteigentümer "abweichend von § 93 des Bürgerlichen Gesetzbuches" erfolgt.

2. Aus dem Gesetz ergibt sich klar, dass es sich beim Wohnungseigentum, wie immer auch das Verhältnis zwischen Miteigentum und Sondereigentum ausgestaltet ist, wirklich um Eigentum handelt. Die herrschende Lehre geht heute denn auch einhellig davon aus, dass nicht nur ein beschränktes dingliches Recht vorliege. Anfänglich ist vereinzelt dieser Weg beschritten worden: So hat Dulckeit[35] ausgeführt, das Eigentum könne begrifflich immer nur die ganze Sache erfassen (was beim Woh-

29 Unklar Hauger, die zwar von qualifiziertem Miteigentum spricht, aber dennoch echtes Wohnungseigentum annimmt (8 f).
30 Dazu hinten § 2 III B.
31 Auch Bärmann steht mit seiner Trinitätslehre (dazu hinten § 2 III D) auf dem Boden der Miteigentumstheorie.
32 Hinten § 2 III C.
33 Das deutsche Recht wird nicht nur aus chronologischen (entwicklungszeitlichen) Gründen vorweg behandelt, sondern auch deshalb, weil sich der schweizerische Gesetzgeber bewusst von der deutschen Lösung absetzen wollte.
34 So Bärmann/Pick, § 3, N 1.
35 Gerhard Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951, 73 ff.

nungseigentum fehle), und hat Wesenberg[36] die Meinung vertreten, die Beschränkungen der Nutzung und die Möglichkeit des Entzugs gemäss WEG 18 widersprächen dem Eigentumsbegriff, weshalb er ein "doppeltes Sondereigentum" entwickelt hat, nämlich ein Untereigentum des Wohnungseigentümers und ein Obereigentum der Mitwirkungsberechtigten. Diese Stellungnahmen haben sich jedoch nicht durchsetzen können: Zu Recht ist dagegen eingewendet worden, der Gesetzgeber habe dem Wohnungseigentümer für seine Wohnung die volle Sachherrschaft zuordnen wollen, wobei diese Zuordnung zwar innerlich mannigfach gebunden, aber dennoch in ihrer dogmatischen Ausgestaltung als Herrschaftsrecht absolut sei[37].

3. Obwohl also der Aspekt eines beschränkten dinglichen Rechts wegfällt, ist in Deutschland ein verbreiteter Theorienstreit darüber entstanden, wie die gesetzgeberische Konzeption des Wohnungseigentums dogmatisch zu analysieren ist[38]. So sehen die einen das Miteigentum, die andern das Sondereigentum als Ausgangspunkt; schliesslich wird versucht, die verschiedenen, beim Wohnungseigentum mitspielenden Elemente gegenseitig miteinander zu verknüpfen[39].

B Die Miteigentumstheorie

1. Die Mehrheit der Lehre geht davon aus, dass der Gesetzgeber offensichtlich der Ansicht gewesen ist, an einem Miteigentumsanteil an einer einheitlichen Sache, nämlich dem Grundstück, werde ein besonderes dingliches Recht in Gestalt des Sondereigentums zugelassen[40]. Daraus ergibt sich, dass – unabhängig von der Frage der wirtschaftlichen Erstrangigkeit – juristisch das Miteigentum im Vordergrund steht und das Sondereigentum – wie aus den die Rechtsbegründung regelnden WEG 3 und 8 entnommen wird – dogmatisch von ihm abhängig ist. Diese verbreitetste Lehrmeinung[41] ist auch vom BGH[42] gebilligt worden.

36 Gerhard Wesenberg, Der Inhalt des Wohnungseigentums, Deutsche Richterzeitung 1951, 123 ff.

37 Bärmann, Einl. N 203; Weitnauer/Wirths, Vorbem. N 17a f; Westermann, 341 f; Heinz Paulick, Zur Dogmatik des Wohnungseigentums nach dem Wohnungseigentumsgesetz vom 15.3.1951, AcP 1952/53, 427; Fritz Riedel, Miteigentum an Wohnungseigentum, JZ 1951, 625.

38 Vgl. auch den Überblick bei Bärmann, 1. Aufl., München 1958, S. 103 ff, 126 ff; eingehend nun auch Merle, Wohnungseigentum, 162 ff.

39 Im folgenden werden die Ausführungen bewusst auf eine Darstellung der bestehenden Theorien beschränkt; eine umfassende (und wertende) dogmatisch-strukturelle Betrachtung würde den Rahmen dieser sich mit der Vertragsgestaltung befassenden Arbeit sprengen.

40 Baur, 267 f; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB, 15. Aufl. (1959), Bd. I/1, 807; Erman/Westermann, § 1, N 1; Justus Wilhelm Hedemann, Sachenrecht des BGB, Berlin 1960, 221; Friedrich Lent/Karl Heinz Schwab, Lehrbuch zum Sachenrecht, 17. Aufl., München 1977, 196 f; Palandt/Heinrichs, § 93, N 1; Soergel/Schultze von Lasaulx, § 93, N 14; Soergel/Baur, § 1, N 2; Staudinger/Ring, § 1, N 7; Weitnauer/Wirths, Vorbem. N 17 f, 19 f; Westermann, 337 f; Wolff/Raiser, 357.

41 Weitnauer/Wirths, § 3, N 1 ff mit weiteren Verweisen; Diester, § 3, N 2 f; Diester, Rechtsprechung, 23; Palandt/Bassenge, Überblick vor § 1, N 2 A; Staudinger/Ring, § 1, N 6 ff; Soergel/Baur, § 1, N 2; Erman/Westermann, § 1, N 2; Baur, 268 f; Paulick (Anm. 37), 424;

Als Rechtfertigungsversuche für diese gesetzgeberische Regelung (bzw. die Miteigentumstheorie) wird weiter noch angeführt, die im Miteigentum stehenden Gebäudeteile seien die wertvolleren[43], das Miteigentum am Grundstück sei nach der Technik des Grundbuchrechts der bessere Anknüpfungspunkt für die Verlautbarung[44] und im allgemeinen werde bei allen Verbindungen das Grundstück als die das Rechtsschicksal bestimmende Sache angesehen[45].

Das Miteigentum wird dabei durch das Sondereigentum nicht qualitativ beschränkt, sondern nur quantitativ: Ein Teil des an sich gesamthaft im Miteigentum stehenden Gegenstandes wird ins Sondereigentum überführt, weshalb die direkte Berechtigung daran erlischt[46]. Das Wohnungseigentum erscheint deshalb als ein durch eigenes Sondereigentum verstärktes und durch fremdes Sondereigentum zugleich quantitativ geschwächtes Miteigentum; der Miteigentumsanteil erhält dementsprechend durch seine Verbindung mit dem Sondereigentum in der eigengenutzten Raumeinheit einen Zuwachs an realer Herrschaftsmacht, an den fremdgenutzten jedoch deren Abbau[47].

2. Obwohl sich somit die herrschende Meinung weitgehend darüber einig ist, dass der Miteigentumsanteil dogmatisch im Vordergrund steht, wird die Behandlung des Miteigentums als subjektbestimmendes Recht und des Sondereigentums als von ihm abhängiges Recht angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des Sondereigentums sowie der historischen Entwicklung und der Rechtsregelungen in romanischen Ländern als überraschend bewertet[48]. Es bestehen denn auch hinsichtlich der wirtschaftlichen Betrachtungsweise Meinungsverschiedenheiten: Auf der einen Seite wird das Sondereigentum an den Räumen als wirtschaftlich im Vordergrund stehend angesehen[49], auf der anderen Seite das Miteigentum nicht nur juristisch, sondern auch wirtschaftlich als beherrschend betrachtet und das Sondereigentum als optisch wirkendes Anhängsel bezeichnet[50]. Diese unterschiedliche Betrachtungsweise hat jedoch keine direkten dogmatischen Auswirkungen; immerhin wäre es aber möglich, dass im Rahmen der richterlichen Auslegung einer Ermessensfrage die wirtschaftliche Betrachtungsweise ausschlaggebend sein könnte.

C Die Sondereigentumstheorie

Die Sondereigentumstheorie wird vertreten durch Börner[51]: Für ihn ist der Gegenstand des Sondereigentums eine selbständige Sache, welcher der Miteigentumsanteil

Hermann Eichler, Institutionen des Sachenrechts, Bd. I, Berlin 1954, 71 f; vgl. auch den Überblick bei Rosenbauer, 9 ff.

42 BGH, 17.1.1968, BGHZ 49, 251.
43 Hermann Weitnauer, Das Wohnungseigentumsgesetz, JZ 1951, 163; kritisch dazu Westermann, 342.
44 Westermann, 342.
45 Diester, § 3, N 4.
46 Vgl. Paulick (Anm. 37), 424.
47 Weitnauer/Wirths, Vorbem. N 17; Riedel (Anm. 37), 625.
48 Westermann, 342.
49 Diester, § 1, N 6 und Rechtsprechung, 23; Röll, Teilungserklärung, 2.
50 Weitnauer/Wirths, Vorbem. N 17; Soergel/Baur, § 1, N 2.
51 Börner, 201 ff.

am Grundstück zugeordnet ist[52]. Nach Börner stellt das Sondereigentum eine einheitliche Sache dar, und zwar mit einer unabhängigen Existenz (Selbständigkeit)[53], also mit – durch praktische rechtspolitische Erwägungen, nicht durch Gründe der Rechtslogik oder -technik bestimmten – horizontalen und vertikalen Grenzen (durch die Raumumgrenzung hat der Gesetzgeber eine neue Sache und damit die Möglichkeit der Eigentumsbegründung geschaffen)[54].

Börner verkennt zwar nicht, dass der Gesetzgeber den Miteigentumsanteil in den Vordergrund gerückt hat[55]; doch erachtet er die Anknüpfung an den Miteigentumsanteil als dogmatisch unfruchtbar, weil sich die speziellen Einzelregelungen des WEG nicht durch Rechtsnatur und Ausgestaltung des Miteigentums erklären liessen. Weil die Verbindung eines Grundstückes mit mehreren anderen sachenrechtlich nicht möglich ist, will Börner dem Sondereigentum als Hauptsache einen Miteigentumsanteil am Grundstück als wesentlichen Bestandteil zuordnen[56].

Die herrschende Lehre ist Börner zu Recht nicht gefolgt; er übergeht nämlich nicht nur den ausdrücklichen gesetzlichen Willen, die Wohnungseigentümergemeinschaft vom Miteigentum her aufzubauen, sondern er vernachlässigt auch den wesentlichen Gemeinschaftscharakter, welcher der Verbindung der einzelnen Wohnungseigentümer immanent ist. Auch mutet es merkwürdig an, wenn das Grundstück nicht die das Rechtsschicksal bestimmende Sache ist (sondern nur ein notwendigerweise mit den Eigentumswohnungen verbundener Bestandteil); schliesslich lässt sich kaum erklären, weshalb nach einer Auflösung des Sondereigentums gemäss WEG 4 wieder dem Miteigentumsanteil der Charakter als Hauptsache zukommt[57].

D Theorien mit Verbindungen mehrerer Elemente

1. Bärmann hat die Theorie von der sog. "dreigliedrigen Einheit" (Trinität) entwickelt; darunter versteht er die wechselseitige akzessorische Verbundenheit von Sondereigentum, Miteigentumsanteil und verdinglichtem Mitgliedschaftsrecht an der Wohnungseigentümergemeinschaft[58]. "Diese Trinität erfasst in sich einmal das Sondereigentum als neue Eigentumsart, die dem Alleineigentum vergleichbar ist und den Bestimmungen über das Eigentum schlechthin unterstellt werden kann, sofern nicht zwingende Gründe der akzessorischen Verbundenheit mit den beiden

52 Wohl gleicher Meinung wie Börner, aber ohne weitere Begründung, Justus Wilhelm Hedemann, JR 1951, 383 (Buchbesprechung).
53 Börner, 203.
54 Börner, 211 f.
55 Börner, 214; diese gesetzliche Ausgestaltung relativiert Börner jedoch dadurch, dass er sie nur als eine technische Notwendigkeit wertet, weil das Grundbuchblatt für den Miteigentumsanteil zu eröffnen ist (WEG 7).
56 Börner, 215 f. Weiter ist Börner der Ansicht, mit der Vorrangstellung des Miteigentums habe der Gesetzgeber nicht eine sachliche Frage entscheiden, sondern nur eine dogmatische Hilfe leisten wollen (226).
57 Kritisch zu Börner insbesondere Bärmann/Pick, § 1, N 7; Weitnauer/Wirths, Vorbem. N 17 f; Baur, 268 f; Rosenbauer, 35.
58 Bärmann, Einl. N 182, 187, 192, 203; ausführlicher in Bärmann, 1. Aufl., München 1958, S. 72 ff, 84 ff, 151 ff, 164 ff; weiter Johannes Bärmann, Zur Dogmatik des gemeinen Raumeigentums, AcP 1956, 10 ff sowie Bärmann, SJZ 1960, 119 f.

anderen Elementen der dreigliedrigen Einheit dagegen sprechen"[59]. Der Miteigentumsanteil unterliegt der schlichten Miteigentumsordnung (BGB 1008 ff, mit dem Vorbehalt der Einschränkung oder Abwandlung wegen der gegenseitigen Verbundenheit). Die Mitgliedschaftsrechte folgen grundsätzlich der Regelung von BGB 741 ff, wenn auch im Rahmen von WEG 10 II mit einer verdinglichten Wirkung[60].

Die Verbindung geschieht also ohne Vorrang von Sondereigentum oder Miteigentum in der Miteinbeziehung des personenrechtlichen Elementes der Beteiligung an der Gemeinschaft, weil nach Bärmann das in der sachenrechtlichen Berechtigung verkörperte dingliche Recht nicht unabhängig und losgelöst von dem aus dem Gemeinschaftsverhältnis fliessenden Mitgliedschaftsrecht zu verstehen ist[61]. Aus der so konzipierten dreigliedrigen Einheit ergibt sich, dass die drei Elemente untrennbar miteinander verbunden sind und nicht über eines allein verfügt werden kann[62]. Auch Bärmann geht jedoch davon aus, dass dem Miteigentumsanteil entscheidende und begründende Wirkung für die Sondereigentums- und Mitgliedschaftsrechte zukommt[63].

Weil Bärmann ebenfalls auf dem Miteigentum aufbaut, kommt er in Einzelfragen überwiegend nicht zu anderen Resultaten als die Miteigentumstheorie (Ausnahme: WEG 11[64]). Seine Trinitätslehre hat denn auch in jüngerer Zeit vermehrt Zustimmung gefunden[65,66]. Mit ihr gelingt es, wenn auch unter gewisser Abwendung vom Wortlaut der gesetzgeberischen Erwägungen sowie unter Aufweichung der starren Fronten des sachenrechtlichen Typenzwanges (bzw. Bestimmtheitsgrundsatzes), das Wohnungseigentum ganzheitlich zu erfassen[67].

2. Eine ähnliche Theorie hat auch Rosenbauer, zum Teil in Anlehnung an Bärmann, entwickelt: Er fasst das Wohnungseigentum als grundstücksgleiches Recht mit Sondereigentum, Miteigentum und Mitgliedschaftsrecht als wesentliche, äquivalente Bestandteile auf[68]; die drei Elemente stehen gleichwertig nebeneinander als eine selbständige – neue – Einheit, wobei das Wohnungseigentum als solches als – fiktives – Grundstück (grundstücksgleiches Recht) zu behandeln ist[69].

59 Bärmann, Einl. N 203.
60 Bärmann, Einl. N 196, 199 ff, 209.
61 Bärmann, Einl. N 186.
62 Bärmann, Einl. N 188, 206; ausführlicher Bärmann, 1. Aufl., München 1958, S. 164 ff.
63 Bärmann, Einl. N 207.
64 Wegen der Verbundenheit der drei Elemente ist der Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen nicht selbständig (dazu hinten § 28 IV B 4 d).
65 Vgl. Haring, 61 ff; Heinz Wienicke, Das Wohnungseigentumsgesetz, Frankfurt 1974, Einf. I 1, 6; BayObLG, 9.2.1965, NJW 1965, 821 und 28.5.1973, DNotZ 1974, 81; OLG Hamm, 25.6.1975, DNotZ 1976, 167.
66 Auch nach dem OLG Neustadt, 20.7.1959, NJW 1960, 295 f ist durch die feste Verbindung von Sondereigentum und Miteigentum eine rechtliche Umformung bewirkt worden, die ein neues Recht (d.h. einen neuen Typus) entstehen liess. Bärmann hat in einer Anmerkung zu diesem Urteil (NJW 1960, 295 f) die Betrachtungsweise als Anerkennung seiner Trinitätslehre bezeichnet; dies dürfte etwas übertrieben sein, weil sich das OLG Neustadt mit dem Mitgliedschaftsrecht überhaupt nicht befasst hat.
67 Kritisch zu Bärmann: Weitnauer/Wirths, Vorbem. N 17d und N 18 ff.
68 Rosenbauer, 40 f, 94 ff; so nun auch Merle, Wohnungseigentum, 171 ff.
69 Rosenbauer, 41.

Anhand einzelner Fälle aus Literatur und Rechtsprechung versucht Rosenbauer nachzuweisen, dass eine lebensnahe Behandlung des Wohnungseigentums von seiner Aufgabe und seinem Sinn her die Annahme eines grundstücksgleichen Rechts nahelege (zumindest starke Ähnlichkeit der Sachverhalte und Vergleichbarkeit der Interessenlage)[70] und deshalb die analoge Einordnung dieses Instituts in das bürgerliche Recht angezeigt erscheine[71].

In der übrigen Lehre ist die Theorie von Rosenbauer nicht weiter beachtet worden. Angesichts der Tatsache, dass sie auf eine ganzheitliche Erfassung des Wohnungseigentums abzielt, dürfte es aber sinnvoller sein, die Verbindung von Sondereigentum, Miteigentum und Mitgliedschaftsrecht nicht unter einem auch in anderem Zusammenhang verwendeten Begriff zusammenzufassen, sondern sie als eigenständigen sachenrechtlichen Typus im Sinne der Trinität Bärmann's zu qualifizieren.

IV Das Stockwerkeigentum nach schweizerischem Recht

1. Der pater legis der schweizerischen Stockwerkeigentumsnovelle, Peter Liver, hat von jeher die Meinung vertreten, die Schaffung der rechtlichen Begründungsmöglichkeit von Stockwerkeigentum rechtfertige nicht die Durchbrechung des Akzessionsprinzips. Diese Ansicht hat er, schon bevor er vom Bundesrat mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes betraut worden war, geäussert und begründet[72]. Dasselbe Vorgehen haben auch die beiden Referenten am Schweizerischen Juristentag 1956 vorgeschlagen[73]: Die Berechtigung des einzelnen könne innerhalb der gegebenen sachenrechtlichen Strukturen erfolgen. "Grundlage unseres Stockwerkeigentums ist somit das Miteigentum an allen Teilen der Liegenschaft, wobei der wirtschaftliche und rechtliche Erfolg des Stockwerkeigentums durch die Einräumung eines Sonderrechts an besonders umschriebenen Teilen ersetzt wird"[74].

Diese – im einzelnen noch zu erörternde – Ausgestaltung des Stockwerkeigentums ist von der schweizerischen Lehre – fast kritiklos – übernommen worden. Ihre Richtigkeit wird denn auch von Liver noch heute gegenüber der deutschen Regelung vehement hervorgehoben[75]. Immerhin wäre relativierend beizufügen, dass es sich bei der schweizerischen "Konstruktion" nicht um eine neuartige Eigenentwicklung handelt, sondern dass sie in groben Zügen aus dem österreichischen Wohnungseigentumsgesetz vom 8.7.1948 (§ 1 I)[76] übernommen worden ist!

2. Dem schweizerischen Gesetzgeber ist daran gelegen, von neuen und systemfremden Begriffen Abstand zu nehmen[77]; eine Aufpfropfung von Sondereigentum auf das Miteigentum kam deshalb nicht in Frage[78]. Vielmehr ist die Lösung in einer

70 Rosenbauer, 94 ff.
71 Rosenbauer, 127.
72 Peter Liver, Das Stockwerkeigentum – Umwandlung und Neubegründung, ZBGR 1954, 15.
73 Friedrich, 174a ff, 216a, 260a; Flattet, 689a ff.
74 K. Müller, 15; vgl. auch Ruedin, 6.
75 "Gegenüber dem WEG lässt sich die Frage erheben, ob die begriffswidrige und systemfremde Dekretierung einer Konstruktion, wie der Aufpfropfung von Sondereigentum auf das Miteigentum nicht 'unverbindlicher Gesetzesinhalt' sei" (Liver, SPR V/1, 90, Anm. 4).
76 Entspricht § 1 I des WEG vom 1.7.1975.
77 Liver, SPR V/1, 90.
78 Vgl. auch die Kritik am Sondereigentum bei Liver, Marxer, 143 f, 149 f, 184 ff.

besonderen Form des Miteigentums gesucht worden, dem sog. qualifizierten Miteigentum, qualifiziert also durch die teilweise bestehenden Sonderrechte an Gebäudeteilen. Das Miteigentum ist deshalb passend, weil es eine geteilte Gesamtberechtigung darstellt. Seine besondere Ausgestaltung liegt nun darin, dass mit dem Miteigentumsanteil untrennbar das ausschliessliche Recht verbunden ist, die zu der Stockwerkseinheit gehörenden Räume zu nutzen, innen auszugestalten und zu verwalten[79]. Dieses Sonderrecht, das wirtschaftlich die mit der Vorstellung des Stockwerkeigentums verbundenen Befugnisse vermittelt, ist kein Alleineigentum. Trotz der Bezeichnung "Stockwerkeigentum" steht also der Stockwerkeigentümer zu keinem Teil der Sache in einer anderen Beteiligungsform als der des Miteigentums[80]. Durch die Begründung von Sonderrechten wird die Miteigentümerstellung im Bereich der ausschliesslichen Berechtigung verstärkt, im Rahmen ausgeschlossener Befugnisse aber geschwächt (trotz des Miteigentums ist es also einem Nichtbeteiligten verwehrt, in einer fremden Stockwerkseinheit bauliche Veränderungen vorzunehmen)[81].

3. Das Stockwerkeigentum wird also, wie dargetan, als qualifiziertes Miteigentum gebildet, wobei der Miteigentumsanteil fest (und grundsätzlich unlösbar) mit dem Sonderrecht verbunden ist (weshalb der Begriff Sondereigentum überflüssig wird). In welchem Verhältnis stehen nun aber Sondereigentum und Sonderrecht zueinander?

Nach K. Müller scheint das Sondereigentum vorerst qualitativ und/oder quantitativ umfassender zu sein ("... nicht ... Sondereigentum, sondern bloss ... Sonderrecht")[82]. Er meint dann aber anschliessend, der Erfolg sei der gleiche und das Sonderrecht entspreche der Vorstellung, die man sich vom modernen Stockwerkeigentum mache[83]. Entsprechen sich also Sonderrecht und Sondereigentum dennoch? Noch eindeutiger nimmt Liver[84] diesbezüglich Stellung: "Gegenüber jedweder Regelung des Instituts im Ausland gibt unser Recht dem Stockwerkeigentümer eine mindest gleich starke, wenn nicht stärkere, und eine gleich unabhängige, wenn nicht unabhängigere Stellung". Ist also der Stockwerkeigentümer doch Allein-Eigentümer, wenn auch unter einer anderen juristischen Bezeichnung?

Diese Formulierung ist überspitzt; sie beleuchtet aber um so eindeutiger, dass die Struktur des Stockwerkeigentums keineswegs so geklärt ist, wie es nach einer ersten Durchsicht der Darstellungen in der schweizerischen Lehre den Anschein haben möchte[85].

Es bedürfte also noch einer genaueren dogmatischen Klärung, was dieses Sonderrecht eigentlich ist. Auszuschliessen ist jedenfalls sein Servitutscharakter; Friedrich

79 Vgl. auch Friedrich, Grundzüge, N 5 ff und SJK 1301, 4.
80 Liver, Marxer, 185 f.
81 Auffallend mag sein, dass dieselbe Begründung auftaucht wie im deutschen Recht (vorne § 2 III B 1), unabhängig also davon, ob Sondereigentum oder Sonderrecht vorliegt.
82 K. Müller, 16.
83 K. Müller, 16.
84 Liver, SPR V/1, 89; eingehend dazu (im Vergleich zum französischen Recht) Götte, 70 ff.
85 Eine Strukturanalyse lässt sich im Rahmen dieser Arbeit nicht vornehmen; es soll lediglich die Problematik der Fragestellung kurz umrissen werden.

hat eine entsprechende Theorie entwickelt (Servitut sui generis)[86], doch hat sich diese nicht durchsetzen können[87]. Dies wird besonders deutlich, wenn die Reaktion auf eine deutsche Kritik am schweizerischen Entwurf betrachtet wird: Bärmann hat nämlich den starken Bezug auf das Miteigentum als problematisch erachtet und befürchtet, die Ansicht vom Dienstbarkeitscharakter des Stockwerkeigentums könne wieder aufkommen[88]; dieser Vermutung ist entgegengehalten worden, beim Sonderrecht handle es sich nicht um eine gewöhnliche, dinglich gesicherte Berechtigung, sondern um eine "neue Eigentumsform"[89], die auch eindeutig als dritter Abschnitt unter das Grundeigentum eingeordnet worden sei[90]. Deshalb ist es m.E. auch nicht zweckmässig, von Sondernutzungsrecht zu sprechen[91], weil mit diesem Begriff (ein Nutzungsrecht dürfte nicht die Möglichkeit der inhaltlichen Änderung des Miteigentums mitumfassen) die Vorstellung einer stärkeren qualitativen und quantitativen Eingrenzung im Sinne beschränkter dinglicher Rechte verbunden ist[92,93].

Ist das Sonderrecht nun aber weder als Eigentum im herkömmlichen Sinne noch als besonders qualifizierte Dienstbarkeit aufzufassen, so müsste es sich also um einen neuen sachenrechtlichen Typus handeln, der sich trotz des grundsätzlich geltenden Typenzwanges (Bestimmtheitsgrundsatzes) des Sachenrechts entwickeln konnte (eine Erklärung allein aus dem Miteigentum genügt ebenfalls nicht). Dieser Typus würde eigentümerähnliche Befugnisse vermitteln, wobei die Rechtsstellung des einzelnen durch das Gemeinschaftsverhältnis (Miteigentum an der gesamten Liegenschaft) eine besondere Einschränkung erfahren würde[94].

86 Friedrich, Wiedereinführung, 22a, 43a ff; obwohl Friedrich selber seine Theorie als überholt bezeichnete (Konstruktion, 15), hat er den Begriff des Servituts dennoch auch im Hinblick auf den schweizerischen Gesetzesentwurf wieder aufgenommen (Konstruktion, 22 f); er hat aber dabei (wie auch beim Verweis auf die österreichische Regelung, S. 23) übersehen, dass das Stockwerkeigentum jedenfalls eine Eigentumsform darstellt.

87 Vgl. die kritischen Bemerkungen von Liver (Marxer, 147 f) zum Dienstbarkeitscharakter altrechtlicher Stockwerkeigentumsverhältnisse.

88 Bärmann, SJZ 1960, 121 f.

89 K. Müller, 16.

90 Vgl. auch F. Schmid, 15.

91 So aber Ottiker, 26.

92 Erst recht unzutreffend die Parallelsetzung von Sonderrecht und Sondernutzungsrecht bei Hauger, 19 f.

93 Im folgenden wird der Begriff Sondernutzungsrecht für die dem einzelnen durch die Gemeinschaftsordnung bzw. das Reglement eingeräumten Nutzungsrechte an einem gemeinschaftlichen Teil verwendet, im Bewusstsein zwar, dass diese Sondernutzungsrechte in der Schweiz (im Gegensatz zu Deutschland) durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss wieder entziehbar sind.

94 Es ist nochmals festzustellen, dass nicht die schweizerische Gesetzesregelung in Frage gestellt und die Wünschbarkeit des deutschen Sondereigentums postuliert werden; es fehlt jedoch an einer ausreichenden dogmatischen Durchdringung des Begriffs Sonderrecht. Insbesondere findet die Komponente des Mitgliedschaftsrechts kaum Beachtung; es scheint nicht abwegig, das Stockwerkeigentum etwas stärker unter diesem Gesichtspunkt zu betrachten.

§ 3 Die Vertragsgestaltung

Die Vertragsgestaltung ist ein von der Literatur weitgehend vernachlässigtes Rechtsgebiet[1]; es fehlt an einer auf Vertragsgestaltung bezogenen Rechtstheorie und Rechtssoziologie[2] sowie an einer präskriptiven Methodenlehre und Didaktik der Vertragsgestaltung. Erst in neuerer Zeit nimmt sich die Lehre ihrer Probleme an[3].

Fragen der Vertragsgestaltung stellen sich in gleichem Masse sowohl für zwei- und mehrseitige wie auch für einseitige Rechtsgeschäfte. Auch der einzelne steht also bei der Begründung von Stockwerkeigentum vor der Situation, möglichst sinnvolle Anordnungen hinsichtlich der Ausscheidung der Sonderrechtsteile wie auch der Gemeinschaftsordnung zu treffen. Praktisch ist das einseitige Vorgehen von grosser Bedeutung[4]; die eigentliche vertragliche Begründung von Stockwerkeigentum durch mehrere Personen auf gleicher Basis ist eher selten. Die Gründe dafür sind mannigfach, liegen aber vor allem in der organisatorischen und häufig ebenso finanziellen Vereinfachung[5]. Dass die sog. "Vorratsteilung" durch einen einzelnen die überwiegende Erscheinungsform ist, wird allgemein nicht bestritten; es gehen nur die Meinungen darüber auseinander, wie gross dabei die Gefahr des Machtmissbrauchs ist[6].

I Aufgaben und Leitlinien der Vertragsgestaltung

A Die Zukunftsgestaltung

1. Die Rechtsanwendungslehre, die in der Juristenausbildung vor allem vermittelt wird, ist hinsichtlich der Methodenlehre am besten durchgearbeitet; sie entspricht auch demjenigen Tätigkeitsbereich, der von Nichtjuristen mit der Arbeit des Juristen

1 Dies ist um so erstaunlicher, als der Ursprung der Jurisprudenz im alten Rom auf der Vertrags- und Klagegestaltung (Jurisconsultus) beruhte (vgl. im einzelnen Flume, 30 ff).

2 Zu den fehlenden konkreten Beiträgen der Soziologie Noll, 38 ff.

3 Insbesondere Rehbinder, 265 ff; Ernst Höhn, Methodik der Sachverhaltsgestaltung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, 103 ff sowie Walter R. Schluep, Planung und Gestaltung von Rechtsgeschäften, Methode der Rechtsgeschäftsgestaltung, St. Gallen 1978 (Masch.schrift). Zur Didaktik im besonderen Rehbinder, 278 ff (Umrisse eines Lehrprogramms) und 305 ff (Didaktik); Hans-Ulrich Schwarzmann, Gesetz- und Vertragsentwürfe in juristischen Übungsarbeiten, JuS 1972, 79–83; vgl. auch Werner Schollen, Kautelarjurisprudenz und Juristenausbildung, DNotZ 1977, Sonderheft, 39 f.

4 Der schweizerische Gesetzgeber hat die mehrseitige und die einseitige Begründung gleichgestellt (ZGB 712d II 1 und 2); demgegenüber dürfte der deutsche Gesetzgeber die vertragliche Begründung ursprünglich im Vordergrund gesehen haben, denn die einseitige Teilung wird erst anschliessend (mit allgemeinem Verweis auf die vorgehenden Regelungen) erörtert.

5 Eine eingehende Darstellung der Gründe gibt Karstädt, BlGBW 1962, 299.

6 Vgl. etwa die Kontroverse zwischen Karstädt (BlGBW 1962, 297, 299, 311) und Diester (BlGBW 1963, 296 f); um dasselbe Problem geht es auch bei der angestrebten Revision des WEG: Der Bundesrat hebt die Missbräuche bei der Vorratsteilung hervor (Drucksache 8/161, 1, 9), die jedoch von Verwalterseite bestritten werden (vgl. etwa Wolfgang Müller, Welche Auswirkungen haben die geplanten Änderungen des WEG auf die Verwaltung von Eigentumswohnungen?, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 23 ff).

in Zusammenhang gebracht wird. Die Rechtsanwendung ist jedoch eine rückwärtsblickende Betrachtungsweise: Die richterliche Tätigkeit ist also auf die autoritative Streiterledigung (Konfliktlösung) ausgerichtet; im Vordergrund steht eine Entscheidung, nicht zukunftsgestaltende Überlegungen oder Informationsgewinnungsaspekte[7].

Demgegenüber bezieht sich die Vertragsgestaltung auf die Zukunft; der Blick ist vorausschauend, planend, künftige Geschehnisabläufe erfassend und vorsorgend[8]; sie ist deshalb auch auf Vorbeugung gerichtet.

Dementsprechend ist Vertragsgestaltung eine schöpferische Tätigkeit; sie stellt, indem sie die Lebensordnung der Bürger gestaltet, grundsätzlich auch mit bindender Wirkung für den Richter, lebendes Recht dar. Die Vertragsgestaltung hat den Anpassungsprozess zwischen der Rechtsnorm und der sozialen Wirklichkeit durch Individualisierung und Konkretisierung zu weit gefasster Regelungen zu bewältigen[9]; damit reflektiert und initiiert sie zugleich sozialen Wandel[10]. Als guter Vertragsgestalter zeichnet sich somit derjenige aus, der mehr Sachverhaltsphantasie[11], mehr Voraussicht auf etwaige tatbeständliche Folgen, mehr Übersicht über die kritischen Rechtsfragen und mehr Assoziationsvermögen hat[12]. Dabei kommt die Erfahrung dem einzelnen zugute[13]. Bei jeder Zielsetzung hat sich der Vertragsgestalter jedoch seiner Verantwortung im Hinblick auf die gesamtwirtschaftlich-gesellschaftlichen Zusammenhänge bewusst zu sein[14].

2. Der Vertragsgestalter ist, wie dargetan, primär nicht Rechtsanwender, sondern "Rechtsverwender" und damit für die am Rechtsverhältnis Beteiligten Rechtssetzer (aber nicht Gesetzgeber); er nimmt einen hermeneutischen Akt vor[15].

"In der Vertragsgestaltung geht es um eine zeit- und zukunftsgerechte Gestaltung von privaten Lebensverhältnissen mit den Mitteln und in den Grenzen des Rechts. Der Vertragsgestalter bewertet von Zielvorstellungen her privatrechtliche Lösungsalternativen auf ihre Vor- und Nachteile und schlägt eine für den Klienten optimale oder für beide Parteien akzeptable Gestaltung vor ... Das Recht gibt die Wege und die Grenzen der Verwirklichung der Sachziele an"[16].

a) Weil die Vertragsgestaltung ihre Grenzen am zwingenden Gesetzesrecht findet[17], stellt sie in diesem Bereich eine hypothetische richterliche Tätigkeit dar: Der Vertragsgestalter muss also abklären, welche Rechtssätze zwingend sind, weil in diesem Bereich Gestaltungsmöglichkeiten von vorneherein entfallen. Konkret wird sich beim Stockwerkeigentum z.B. die Frage erheben, ob etwa die Heizung, ein Balkon oder eine Dachterrasse zwingend gemeinschaftliche Teile sind (bejahendenfalls bleibt nur die Möglichkeit der Einräumung von Nutzungsrechten, weil die Ausscheidung zu Sonderrecht entfällt). Diese hypothetische Rechtsanwendung stellt

7 Rehbinder, 267 f.
8 Rehbinder, 286; Flume, 30, 33.
9 Rehbinder, 300.
10 Rehbinder, 303; Schollen, DNotZ 1969, 53.
11 Dies gilt insbesondere für den Fall, dass bei einer Partei Rollenkonflikte auftreten (dazu Schollen, DNotZ 1976, 208).
12 Vgl. auch Schluep (Anm. 3), 9.
13 Dazu Schollen, DNotZ 1969, 65.
14 Nachfolgend B.
15 Westermann, AcP 1975, 387.
16 Rehbinder, 266; in diesem Sinne auch Hägele/Hägele, 13 und Schollen, DNotZ 1976, 201.
17 Vgl. Hindermann/Streiff, 13; Hägele/Hägele, 13.

v.a. ein Mittel zum Zweck dar[18], um eine Gestaltung zu wählen, die mit dem zwingenden Recht vereinbar ist[19].

b) Im Rahmen des dispositiven Rechts[20] ist die Vertragsgestaltung private "Rechtssetzung" für die Parteien. Dabei können jedoch, gerade in methodischen Fragen, in denen einige frappante Übereinstimmungen bestehen[21], die Erkenntnisse der Gesetzgebungslehre entsprechend herangezogen werden.

B Die inhaltliche Ausrichtung

1. Bei der Vertragsgestaltung steht, soweit dispositives Recht vorliegt, das Ziel der Parteien im Zentrum der Überlegungen. "Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten werden danach bewertet, was sie für die Erreichung des Ziels funktional leisten, nicht etwa im Hinblick auf die rechtliche Konstruktion, dogmatische Richtigkeit oder auf etwaige Auswirkungen auf die Gesamtrechtsordnung"[22]. Der Vertragsgestalter hat also Wege aufzuzeigen, wie sich die Vorstellungen des Betroffenen verwirklichen lassen. Eine extrem instrumentale Betrachtungsweise vertritt diesbezüglich Rehbinder: Nach ihm hat das Recht die Mittel zu liefern, die den Gestaltungswillen der Parteien optimal verwirklichen helfen; das Recht wird nur als Mittel (instrumental) eingesetzt; die möglichst grosse Interessensicherung überdeckt die Suche nach dem – unter Gemeinwohlorientierung – objektiv richtigen Recht[23]. Der Vertragsgestalter darf also nach dieser Ansicht "innerhalb der Bandbreite des rechtlich Zulässigen" alles tun[24]. Deshalb ist nach Rehbinder das zwingende Recht für den Vertragsjuristen "nur ein Datum, aber keineswegs ein Fatum"[25].

Diese instrumentale Betrachtungsweise begegnet Bedenken: Nur allzu schnell könnte Hand geboten werden für gemeinschaftsunverträgliche Regelungen (z.B. Gesetzesumgehungen)[26]. Solche lassen sich nicht einfach kautelarjuristisch rechtfertigen mit dem Hinweis auf die Verfolgung individueller Gerechtigkeit (Durchsetzung von Privatinteressen gegenüber der politischen Gesetzgebung als Kompensation legislatorischer Fehlleistungen). Vielmehr muss m.E. die Vertragsgestaltung allgemein hinterfragt werden, wenn sie ihre Dienstleistung zur Verfügung stellt (z.B. im Hinblick auf das Machtgleichgewicht[27]); die Wertfrage darf dabei nicht ausgeklammert werden[28].

18 Schluep (Anm. 3), 3 f; Rehbinder, 290.
19 Auch daraus ist ersichtlich, dass der Vertragsgestalter nicht Gesetzgeber, sondern lediglich Rechtssetzer im Sinne von Rechtsverwender bestehender Formen und Freiräume ist. Seine Arbeit unterliegt denn auch der richterlichen Kontrolle (vgl. hinten § 4 II B–D; § 4 III).
20 Dazu hinten § 4 III.
21 Noll, 72 ff, 82 ff, 86 ff, 107 ff, 120 ff, 146 ff; Müller, Hans Werner, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, Köln/Berlin/Bonn/München 1963, 41 ff.
22 Rehbinder, 292.
23 Rehbinder, 291.
24 Rehbinder, 300.
25 Rehbinder, 291.
26 Vgl. immerhin auch Rehbinder, 291 f.
27 Auch Schneeberger, 26 ff und Hägele/Hägele, 18.
28 Analog soll sich die Gesetzgebungslehre nach Noll nicht in eine rein dienende Instrumentalfunktion abdrängen lassen, sondern die Wertungsfrage ist miteinzubeziehen (Noll, 63).

2. Oberstes Ziel der Vertragsgestaltung kann deshalb nicht die Instrumentalfunktion sein[29]. An ihre Stelle treten m.E. zwei andere Grundsätze, nämlich

– die Gerechtigkeit bzw. Fairness,
– die Funktionsadäquanz.

a) Auf die Gerechtigkeit ist vor allem das Gebot der Fairness ausgerichtet, das die Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners beinhaltet. Durch geschickte Vertragsgestaltung soll nicht ein unlauterer Erfolg angestrebt werden, vor allem auch dann nicht, wenn gewisse Schwächen der Gegenpartei sichtbar werden. Das Gebot der Fairness, das sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (ZGB 2; BGB 242) ableiten lässt, ist überdies für die Gemeinschaftsverhältnisse noch bedeutungsvoller als für die Interessengegensatzverträge. Konkret geht es nämlich den Stockwerkeigentümern meist um den Erwerb einer bestimmten Eigentumswohnung und die interne – schon aufgestellte – Gemeinschaftsordnung findet wenig Beachtung, abgesehen davon, dass sich der Bauträger kaum je zu Abänderungen entschliessen dürfte; es erscheint deshalb nicht als fair, wenn die Rechtsstellung der einzelnen Gemeinschaftsmitglieder bis an die Grenze des Zulässigen eingeschränkt wird. Bisher hat der Grundsatz der Fairness noch keine eigenständige Bedeutung erlangt[30]; es wäre aber angebracht, ihn als besondere Fallgruppe im Bereiche des Prinzips von Treu und Glauben anzuerkennen.

Eine Schranke der vollständig instrumentalen Ausnützung der Vertragsgestaltungsmöglichkeiten könnte in diesem Zusammenhang auch das Standesethos bestimmter Berufsgattungen darstellen. Bis heute stellt dieses jedoch nur schwache Barrikaden auf, weil es meist auf andere Fragen hin konzipiert ist (z.B. Honorar, Reklameverbot)[31,32]. Entwicklungsmöglichkeiten stehen hier aber noch offen; bereits heute dürften jedoch dem staatlich bestellten Notar im Hinblick auf die Gestaltung von Gemeinschaftsordnungen von Stockwerkeigentümergemeinschaften engere Grenzen gesetzt sein als einem Rechtsanwalt.

b) Der Gesichtspunkt der Funktionsadäquanz ist vor allem von Schluep[33] unter der Bezeichnung "wirtschaftliche Betrachtungsweise" verwendet worden: Sie geht davon aus, dass die Figuren des Privatrechts eingebettet sind in eine sinnvolle, gerechte, insbesondere sozialgerechte Staats- und Wirtschaftsverfassung; in ihr fallen den Rechtsfiguren ganz bestimmte Funktionen zu. "Man hat also als Gestalter

29 In diesem Sinne ebenso Schluep (Anm. 3), 19 f und Schollen, DNotZ 1969, 52, 58, 63 f; vgl. auch Günther Jahr, Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, hrsg. von Ludwig Raiser/Heinz Sauermann/Erich Schneider, Berlin 1964, 17; vgl. auch Josef Esser, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 1972, 125.

30 Zum Fairness-Prinzip im öffentlichen Recht vgl. die eingehende Studie von Peter Saladin, Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, 41 ff, v.a. 85 ff.

31 Vgl. dazu etwa Wolfgang Salzmann, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, Diss. Fribourg 1976, 210 ff; Paul Wegmann, Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 1969, 38 ff, 53 ff.

32 Für Deutschland Ludwig Raiser, Aufgabe und Verantwortung des Juristen in unserer Gesellschaft, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, 383 ff, 392.

33 Schluep (Anm. 3), 19 f.

immer auch zu beachten, welche Auswirkungen sich aus den konkreten Gestaltungen für den Gesamtablauf der Wirtschaft und letztlich für die Gesellschaft ergeben"[34]. Dispositive Regelungen sind dabei "nicht einfach verdrängbare Regelmassen, sondern Aussagen mit einem bestimmten Gerechtigkeitsgehalt in Abstimmung auf den Wirtschaftsablauf in einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung"[35]. Daraus ergibt sich das Gebot, wirtschaftliche Übermacht nicht schonungslos auszunützen; zugleich ist bei der Verwendung vorgefertigter Standardbestimmungen in einem Gemeinschaftsverhältnis wie unter den Stockwerkeigentümern Zurückhaltung geboten. Dies gilt nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass sich das Recht durch private Abmachungen im Sinne der Institutionalisierung weiterentwickelt; sind die Regelungen jedoch nicht mehr funktionsadäquat, wird der Gesetzgeber zum Eingreifen gezwungen (Statuierung zwingenden Rechts). Die massvolle Ausnützung der Vertragsgestaltungsmöglichkeiten liegt letztlich somit auch im Interesse der Betroffenen. In der schweizerischen Lehre zum Stockwerkeigentum wird denn auch immer wieder betont, dass es wenig sinnvoll ist, die Vertragsfreiheit bei der Ordnung der Gemeinschaftsverhältnisse möglichst weit auszuschöpfen[36].

Der Vertragsgestalter wirkt somit als "Funktionär"[37] der Gesamtrechtsordnung, denn die Kontrolle wirtschaftlicher Macht ist nicht nur Sache des Richters, sondern der "Juristen aller Funktionsgruppen jeweilen an ihrem Platz"[38]. Appelliert wird damit an das Verantwortungsbewusstsein der Vertragsgestalter: Ein wirtschaftliches Verhalten ist nicht nur als Ausübung von Individualrechten, sondern ebenso als Aktualisierung der mit der gesellschaftlichen Machtstellung verbundenen bzw. korrespondierenden Verantwortung für die Rechts- und Wirtschaftsordnung zu verstehen[39]. Die Entwicklung von der formalen Freiheitsethik zu einer "materialen Ethik sozialer Verantwortung"[40] bringt es mit sich, dass die an sich nicht illegitime instrumentale Handhabung des Rechts und seiner Gestaltungsformen nicht dazu führen darf, eine bei der typischerweise langfristigen Bindung besonders gravierende einseitige Verteilung von Pflichten und Risiken zwischen den Parteien durch Vertragsbestimmungen herbeizuführen oder zu fördern[41]. Leben die Vertragsgestalter dieser Verantwortungsaufgabe nicht nach, ist es Sache der Gerichte, durch entsprechende Präjudizien einen indirekten Zwang auszuüben[42]. In diesem Sinne hat denn

34 Schluep (Anm. 3), 19; vgl. auch Westermann, AcP 1975, 389 f.
35 Schluep (Anm. 3), 20.
36 Friedrich, ZBGR 1973, 134; Hans Huber, Gedanken zum Stockwerkeigentum, in: Stockwerkeigentum 1978/II, 29: "Die Frage geht indessen dahin, ob es sinnvoll sei, alles zu machen, was juristisch machbar ist."
37 Schluep (Anm. 3), 20.
38 Raiser (Anm. 32), 392; vgl. zur Frage des Machtgleichgewichts auch den Hinweis von Rehbinder, 294 f.
39 Westermann, AcP 1975, 389 f; Raiser (Anm. 32), 390 ff.
40 Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher, in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a.M. 1974, 24.
41 Westermann, AcP 1975, 406.
42 Auf die Verantwortung hat auch Diester immer wieder hingewiesen (z.B. Rechtsfragen, N 97, 98 ff).

auch der BGH ausgeführt[43], die Pflichten des Bauträgers erschöpften sich nicht in der Erstellung und Übertragung von Eigentumswohnungen, sondern ihm obliege es ebenso, die gegenseitigen Beziehungen der Hausinsassen möglichst sinnvoll zu regeln, insbesondere die einen Gemeinschafter davor zu schützen, dass sie durch einen nicht vorhergesehenen oder unangemessenen Gebrauch der anderen im Genuss ihres Wohnungseigentums beeinträchtigt würden.

II Das Vorgehen bei der Vertragsgestaltung

Nach Schluep, der sich differenziert mit dem Vorgehen bei der Vertragsgestaltung auseinandergesetzt hat, bedeutet diese allgemein Erarbeitung von Alternativen, erste Selektion, genauere Entwurfsfassung der verbleibenden Lösungen, Entscheidung und Vollzug der zu verwirklichenden Alternative; in jeder Gestaltungsphase ist dabei immer wieder zu überprüfen, ob man sich innerhalb des autonomen Gestaltungsraumes bewegt[44].

Das Vorgehen ähnelt also sehr stark demjenigen bei der Gesetzgebung; so unterscheidet etwa Noll[45] in:

- Problemimpuls,
- Problemdefinition,
- Entwurf von Zielvorstellungen,
- Formulierung von Leitbildern,
- Tatsachenanalysen,
- Entwurf von Alternativen,
- Kritik der Entwürfe,
- Nachkontrolle.

Vorerst muss sich der Vertragsgestalter eine Problemübersicht verschaffen und zugleich den Willen der Beteiligten zur rechtlichen Geltung erheben. Unter Umständen geht es etwa darum, den Parteien bewusst zu machen, welche Sachziele sie verfolgen und welche rechtlichen Konsequenzen sich aus der beabsichtigten Rechtsgestaltung ergeben[46]. Dazu gehört auch die Aufhellung des Lebenssachverhaltes im Hinblick auf die Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit; der Blick geht also hin und her zwischen dem zu regelnden Lebensverhältnis und der anzuwendenden Rechtsnorm (z.B. auch hinsichtlich der Vermeidung unerwünschter Tatbestandswirkungen). Entscheidend ist dabei das "richtige Fragen"[47].

Nach der reinen Informationsgewinnung folgen die Beratung und Betreuung; als Mitwirkung bei einer rechtsrelevanten Entscheidung handelt es sich um eine Dienstleistung, die der – wenn auch nicht rein instrumental verstandenen – Interessenwahrungspflicht unterliegt[48].

43 BGH, 15.11.1963, zitiert bei Diester, Rechtsfragen, N 99.
44 Schluep (Anm. 3), 6.
45 Noll, 72 ff.
46 Flume, 33.
47 Vorne I B; für eine Heranziehung der Entscheidungstheorie Höhn (Anm. 3), 112 ff.
48 Rehbinder, 280 ff; Hägele/Hägele, 14.

Der Vertragsgestalter muss in mehreren Schichten denken: Nachdem er die Probleme definiert und die juristischen Denkmodelle (Muster) entwickelt hat[49], ist eine Annäherung dieser beiden Komponenten zu suchen. Am zweckmässigsten erweist sich dabei die Formulierung von Vertragsentwürfen (Lösungsvarianten)[50]; in ihnen ist der rechtsgeschäftliche Wille möglichst uneingeschränkt und unzweifelhaft zur Geltung zu bringen[51]. Wird der rechtsgestalterische Wille schon im Entwurfsstadium in den einzelnen Varianten möglichst rein verwirklicht, lassen sich daraus die miteinander verflochtenen Gegebenheiten auch in ihrer praktischen Ursächlichkeit ersehen[52].

Anhand der Entwürfe erfolgt die Prognosestellung: Der nächste Schritt besteht also in der Abklärung darüber, ob die erwünschten Grenzfälle durch den Entwurf abgedeckt, die unerwünschten aber ausgeschlossen sind; seine Tragfähigkeit ist aus der spezifischen Problemsituation heraus zu überprüfen[53]. "Erforderlich ist ein Prozess des Abwägens, des Gegenüberstellens von Einzelgesichtspunkten und Lösungsvarianten"[54]. In Frage kommen also alle Daten und Probleme, die den gegebenen Aktionsraum bestimmen. Wichtig sind auch die Vermeidung von Unsicherheit und die Vorsorge für den Fall, dass die Entwicklung anders verläuft als erwartet[55].

Mögliche Fragen, die sich der Vertragsgestalter hinsichtlich der Gemeinschaftsordnung der Stockwerkeigentümer stellt, sind etwa:

- Ist es möglich, dass zwingendes Recht aus einer anderen Gemeinschaft anzuwenden ist?
- Ist es möglich, die richterliche Vertragserfüllung nach dem hypothetischen Parteiwillen statt dem dispositiven Recht vorzunehmen?
- Welche Folgen könnten die Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregeln im Zusammenhang mit Standardklauseln haben?
- Sind allfällige Tendenzen zu einer lex ferenda mitzuberücksichtigen?

Ist der Entscheid grundsätzlich gefallen, empfiehlt sich eine letzte Überprüfung im Hinblick auf unerwünschte Nebenwirkungen[56].

49 Rehbinder, 287; Schollen, DNotZ 1969, 64, 66.
50 Das Denken in Alternativen spielt auch in der Gesetzgebungslehre: Nach Noll (107) wächst die Qualität der gesetzgeberischen Entscheidungen mit der Zahl der Entwürfe zu Problemlösungen.
51 Schluep (Anm. 3), 7.
52 Schollen, DNotZ 1976, 203.
53 Diese Neuüberprüfungen führen "entweder zur Reduktion auf eine einzige Gestaltungsalternative oder letztlich zur Auswahl nach einer Nutzen-Kosten-Analyse auf Grund einer mit dem Betroffenen genau auszuhandelnden Präferenzskala" (Schluep, Anm. 3, 11).
54 Schluep (Anm. 3), 8.
55 Rehbinder, 288.
56 In Frage kommen insbesondere neue Tatbestandswirkungen und ausserrechtliche Fernwirkungen; die Schlussvariante hat auch den wertmässigen Vorstellungen des Klienten zu entsprechen.

III Der konkrete Vollzug der Vertragsgestaltung

Die Vollzugsanordnungen haben je nach den konkreten Umständen unterschiedliche Bedeutung; immerhin gibt es einige Grundsätze, die allgemein von Wichtigkeit sind; diese sollen kurz skizziert werden[57].

1. Es ist darauf zu achten, dass die formellen Voraussetzungen des Vertragsaktes erfüllt werden. Dazu gehören etwa:

- Einhaltung der Formvorschriften[58];
- Vorhandensein der Handlungsfähigkeit, der Verfügungsmacht und der gehörigen Bevollmächtigung.

2. Materiell erscheinen als elementare Anforderungen, die an jede Gemeinschaftsordnung zu stellen sind[59]:

- Widerspruchsfreiheit (sorgfältige Redigierung);
- einheitliche Begriffsverwendung;
- Vollständigkeit: In diesem Rahmen ist insbesondere abzuklären, inwieweit bestimmte Nebenpunkte eine Regelung erfordern; beispielsweise bedarf die Einführung des Vorkaufs- und Einspracherechts im schweizerischen Recht eines einstimmigen Beschlusses (ZGB 712c), weshalb die Verbindung mit dem Begründungsakt zweckmässig ist. Weitere Problemkreise sind etwa die Einführung von Konventional- bzw. Vereinsstrafen bei gemeinschaftswidrigem Verhalten oder die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes.
- klarer Aufbau: Diesbezüglich können die Lehren, wie sie für die Gesetzgebungslehre entwickelt worden sind, cum grano salis entsprechend herbeigezogen werden[60]. Gerade weil es sich bei den Stockwerkeigentümern überwiegend um Laien handelt, wäre es wünschenswert, wenn die Gemeinschaftsordnung und das Reglement eine besonders gegliederte Darstellung der Rechte und Pflichten (Stimmrecht, Kostentragung der einzelnen) enthielten, weil dadurch der Überblick über die persönliche Rechtsstellung erleichtert wird[61].

3. Ein besonderes Problem stellt häufig die Sprache dar: Soweit als möglich sollte sie einfach und dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend sein (keine unnötige Umständlichkeit, keine Floskeln), weil die Stockwerkeigentümer überwiegend in diesem Bereich keine Erfahrung haben. Die Begriffe der Gemeinschaftsordnung sind mit Vorteil direkt der gesetzlichen Regelung zu entnehmen (keine unnötigen Begriffsneuschöpfungen); drängt sich eine besondere Begriffsbildung auf, ist ein möglichst optimaler Bestimmtheitsgrad anzustreben.

Auch hinsichtlich der Sprachwahl in der Gemeinschaftsordnung gilt, dass der Text so verstanden werden darf und muss, wie der Empfänger als vernünftiger und korrekter Mensch ihn verstehen durfte und musste.

57 Im einzelnen Schluep (Anm. 3), 12 ff.
58 Der Teilungsvertrag bedarf in der Schweiz z.B. jedenfalls der öffentlichen Beurkundung, in Deutschland jedoch erstaunlicherweise nicht für die sog. Vorratsteilung nach WEG 8.
59 Hindermann/Streiff, 13; Hägele/Hägele, 16 f; Herold/Romanovsky, 12 f.
60 Müller (Anm. 21), 41 ff.
61 Peter-Ruetschi, Erfahrungen, 8 f.

4. Zu Problemen kann die Frage führen, ob Mustervorlagen zu verwenden sind oder nicht. Solche Hilfsmittel sind "als praxeologische Kommentare für den Vertragsjuristen brauchbar, z.B. soweit sie in systematischer oder unsystematischer Form Check-Listen der regelungsbedürftigen Punkte enthalten und typische Fehler von Verträgen aufzählen und erklären"[62]. Sie stellen also dann eine Hilfe dar, wenn Erfahrungen von anderen Gemeinschaften berücksichtigt wurden[63].

Problematisch sind Mustervorlagen aber insoweit, als sie meist auf idealtypische Sachverhalte ausgerichtet sind; sollen sie verwendet werden, müssen sie auf den besonderen Fall hin um- und ausgestaltet werden[64]. Die Gefahr ist sonst nämlich gross, dass man sich den Blick für den Einzelfall, für die richtige konkrete Lösung, verdecken lässt. Streitigkeiten entstehen zudem beim Fehlen von Bestimmungen und bei nicht auf den konkreten Fall bezogenen Bestimmungen. In der Schweiz zeigt sich, dass die Mustervorlagen häufig nicht nur als Check-Listen (Problemlösungskatalog), sondern weitgehend wörtlich übernommen werden[65]; daraus könnten im Einzelfall erhebliche Auslegungsunsicherheiten entstehen.

Ob eine kurze Vereinbarung zweckmässig oder eine umfangreiche, ins einzelne gehende Regelung sinnvoll ist, hängt vom Einzelfall ab. Auch kann man verschiedener Meinung sein, ob der Gesetzeswortlaut im Reglement wiederholt werden soll[66]; geschieht dies (z.B. deshalb, um jedem Stockwerkeigentümer einen umfassenden Regelungs- und Verhaltenskodex in die Hand zu geben), ist besonders darauf zu achten, dass Begriffe nicht unterschiedlich verwendet werden. Überdies bedürfen zwei Problemkreise jedenfalls einer vertieften Betrachtung, weil sie anhand der konkreten Gegebenheiten zu lösen sind, nämlich die Abgrenzung des gemeinschaftlichen Eigentums vom Sonderrecht und der Umfang der Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums[67]. Werden in Deutschland vorgedruckte Formulare für die Gemeinschaftsordnung verwendet, ist zudem abzuklären, ob allenfalls gewisse Klauseln dem AGBG widersprechen[68].

5. Ein weiteres Problem ist schliesslich die Auslegung der Gemeinschaftsordnungen. Es fragt sich, ob die Bestimmungen, die auf einer rechtsgeschäftlichen Übereinkunft beruhen, wie ein Vertrag (Berücksichtigung der individuellen und konkreten

62 Rehbinder, 304; vgl. auch Hindermann/Streiff, 13; Schneeberger, 48.

63 Für die Schweiz bieten z.B. Reglemente an: Friedrich, Reglement; K. Müller, 153 ff; Michaud, 99 ff; F. Schmid, 201 ff; Magnenat, 153 ff; Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 49 ff; Hindermann, 77 ff; für Deutschland Bärmann, Praxis, 156 ff, 252 ff.

64 Schluep (Anm. 3), 13; auch Hindermann/Streiff, 13; Hägele/Hägele, 15; Herold/Romanovsky, 13.

65 Private Umfragen im Raume Zürich haben ergeben, dass das Reglement von Friedrich überwiegend Anwendung findet, zum Teil praktisch ohne Änderungen, auch wenn sich solche aufdrängen würden. Dies ist um so bedauerlicher, als ein vom schweizerischen Gesetzgeber vorbereitetes Reglement bewusst nicht mit normativer Kraft veröffentlicht worden ist, um nicht einer unbesehenen Übernahme Vorschub zu leisten. Die Hoffnung von Friedrich (Vorbem. N 5), dass sein Reglement nicht einfach übernommen werde, ist dementsprechend ebenfalls nicht in Erfüllung gegangen. Kritisch zur globalen Übernahme von Musterordnungen auch Diester, Rechtsfragen, N 97, 97a.

66 Das Reglement von Friedrich ist relativ umfassend (mit Übernahme von Gesetzesbestimmungen und Regelungen hinsichtlich des Aussenverhältnisses, z.B. § 45); vgl. auch Besson, 350; dieses Vorgehen ist von Hans Huber (ZBGR 1966, 254) in Frage gezogen worden.

67 Vgl. auch Röll, Teilungserklärung, 25.

68 Dazu hinten § 4 II D 2.

Umstände) oder, weil die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer intern körperschaftlich organisiert ist und das Reglement mit den Statuten einer juristischen Person verglichen werden kann, wie ein Gesetz aus sich selbst heraus ausgelegt werden sollen.

M.E. lässt sich diesbezüglich nicht eine allgemeine Antwort geben. Es muss nämlich auf die konkreten Umstände, in denen sich die Stockwerkeigentümergemeinschaft befindet, insbesondere auf deren persönliche Struktur ankommen. Handelt es sich um eine kleine Gemeinschaft, in der praktisch alle Stockwerkeigentümer an der Aufstellung des Reglementes beteiligt waren, erscheint es angebracht, die konkreten Gegebenheiten mitzuberücksichtigen (z.B. die Gemeinschaftsverhandlungen). Bei grossen Gemeinschaften hingegen, bei denen die interne Ordnung bereits vom Bauherrn festgelegt wird (ohne Mitsprachemöglichkeit der Stockwerkeigentümer), ist diese aus sich selbst heraus zu interpretieren.

6. Anhangsweise soll noch die Frage gestreift werden, inwieweit die einseitige Aufstellung der Gemeinschaftsordnung Vor- und Nachteile mit sich bringt. Für die Praxis ist davon auszugehen, dass in der überwiegenden Zahl der Fälle das Stockwerkeigentumsgebäude von einem Bauherrn erstellt und die Wohnungen hernach verkauft werden. Dazu hat der Begründungsakt (Teilungserklärung i.e.S.) vorzuliegen. Häufig sind aber auch das Reglement und die Hausordnung bereits vorgegeben. Als günstige Effekte ergeben sich dabei[69]:

- Wenn der Bauträger das Aufstellen der Gemeinschaftsordnung den Käufern der einzelnen Stockwerkeinheiten überlassen würde, die sich meist noch nie gesehen haben und oft mit sehr verschiedenen Vorstellungen eine Eigentumswohnung kaufen, könnten schon bei der Beratung dieser Ordnung die ersten Differenzen auftauchen, weil kaum hinsichtlich aller Bestimmungen Einigkeit herrschen würde.
- Eine möglichst ausgeglichene und die verschiedenen Interessen optimal berücksichtigende Gemeinschaftsordnung wird normalerweise auch derjenige Bauherr ausarbeiten, der alle Wohnungen zu verkaufen gedenkt und am Gebäude nicht mehr beteiligt sein will. Er ist an einem möglichst hohen Preis interessiert; dieser kann insoweit von der Gemeinschaftsordnung abhängen, als jeder Stockwerkeigentümer ein Zusammenleben ohne Streitigkeiten anstrebt und deshalb klar geregelte und zwischen den Gemeinschaftern keine Vorherrschaft begründende Rechtsverhältnisse sucht.

Nachteilig kann sich demgegenüber auswirken:

- Der Bauherr statuiert die Gemeinschaftsordnung nach seinen Vorstellungen und der Interessent muss sie – will er nicht auf den Kauf der Eigentumswohnung verzichten – in der aufgestellten Form (in der Regel ohne Möglichkeit von Einwänden) akzeptieren; es kann somit ein Missverhältnis zwischen dem wirklich Gewollten und dem tatsächlich Übernommenen entstehen.
- Die Gestaltungsfreiheit ist nicht nur am Anfang häufig weitgehend aufgehoben, sondern dann, wenn sich der Bauträger – unter entsprechend starker Ausgestaltung dieser Stellung – zum Verwalter einsetzt, auch später eingeschränkt. In solchen Fällen liegt eine Interessenkollision vor, wie sie entsprechend bei zweiseitigen Verträgen vorkommt, die sich aber überhaupt nicht in einer Rechtsbeschränkung niederschlägt.

69 Vgl. dazu Peter-Ruetschi, Erfahrungen, 7 und Hindermann, 44.

IV Mögliche Regelungsformen beim Stockwerkeigentum

1. Das schweizerische Recht erwähnt zwei Regelungsformen: den Begründungsakt und das Reglement; dazu kommt noch die Hausordnung für den Bereich der gewöhnlichen Gebrauchsregelung[70].

Zwingender Inhalt des Begründungsaktes ist die sachenrechtliche Komponente des Stockwerkeigentums: Er muss die Beschreibung des aufzuteilenden Grundstücks, den Willen, das Miteigentum zu Stockwerkeigentum auszugestalten, die Angabe der Wertquoten und die räumliche Aufteilung des Gebäudes (Ausscheidung zu Sonderrecht) enthalten[71]. Die Ordnung des internen Verhältnisses der Stockwerkeigentümer bleibt demgegenüber dem Reglement vorbehalten. Nur gewisse Anordnungen, die von besonderer Bedeutung sind, bedürfen der einstimmigen Beschlussfassung (und sind deshalb zweckmässigerweise, aber nicht notwendig, in den Begründungsakt zu integrieren): Dazu gehören die Begründung von Vorkaufs- und Einsprache-rechten (ZGB 712c), die Abänderungen der Bestimmungen über die Zuständigkeit zu Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen (ZGB 712g II) sowie die Vereinbarung z.B. von Konventional- bzw. Vereinsstrafen und der Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes[72]. Schliesslich besteht auch die Möglichkeit, dass die Stockwerkeigentümer für weitere Angelegenheiten vertraglich die Einstimmigkeit vorsehen.

Die Regelung der schuldrechtlichen Komponente des Stockwerkeigentums erfolgt überwiegend im Reglement, das mit der qualifizierten Mehrheit von Köpfen und Anteilen zustande kommt (ZGB 712g III). Die Abgrenzung ist deshalb wichtig, weil nicht entscheidend ist, wo eine bestimmte Anordnung steht, sondern welches ihr Geltungsgrund ist: Wird die Ausscheidung der Sonderrechtsteile im Reglement wiederholt, bedarf eine Abänderung dennoch der Einstimmigkeit; findet sich eine Gebrauchsregelung im Begründungsakt, so genügt – ausser bei einer Zuständigkeitsabänderungsbestimmung – die qualifizierte Mehrheit[73].

Dem Reglement kommt also eine Mittelstellung zu zwischen dem starren Begründungsakt (und den weiteren einstimmigen Beschlüssen) sowie der leicht veränderlichen Hausordnung. Sein Gehalt ist deshalb nicht einheitlich. Wegen seines weitreichenden Regelungsrahmens wird es jedoch zum zentralen "Auskunftgeber" über Rechte und Pflichten für den einzelnen Stockwerkeigentümer[74].

Diese gesetzgeberische Ausgestaltung bringt es mit sich, dass die schweizerische Regelung sehr flexibel ist; durch den qualifizierten Mehrheitsbeschluss lassen sich weitgehende Änderungen der Nutzungs- und Verwaltungsordnung bewirken (soweit

70 Hinten § 12 IV 6.
71 Friedrich, ZBGR 1966, 323.
72 Friedrich, ZBGR 1966, 331.
73 Ob es sinnvoll ist, die gesetzlichen Anordnungen und die Bestimmungen des Begründungsakts im Reglement zu wiederholen, lässt sich nicht generell sagen. Die zweimalige Aufführung bringt die Gefahr der Widersprüchlichkeit mit sich, hat jedoch den Vorteil, dass dem einzelnen Stockwerkeigentümer, der Laie ist, ein Büchlein in die Hand gegeben werden kann, das alles Wesentliche enthält (zur Kontroverse vgl. auch Friedrich, Vorbem. N 1 f und Hans Huber in seiner Rezension dazu, ZBGR 1966, 254).
74 Im allgemeinen dazu Friedrich, Vorbem. N 1 ff; K. Müller, 58 ff; Ch. Müller, 70 ff, 72 f; Deutschland kennt kein "Reglement".

nicht die Zweckbestimmung betroffen ist[75]). Dafür ist die Rechtsstellung des einzelnen weniger gesichert: Er muss damit rechnen, dass ihm ein ihm eingeräumtes Sondernutzungsrecht wieder entzogen wird[76]; dieser Gefahr kann jedoch durch eine besondere Beschlussfassungsvorschrift (z.B. Zustimmung des Betroffenen) entgegengewirkt werden[77].

2. Neben der Hausordnung für die einfache Gebrauchsregelung kennt das WEG nur die "Vereinbarungen der Wohnungseigentümer" (WEG 10 I); diese umfassen nach der gesetzlichen Terminologie sowohl die sachenrechtlichen wie die schuldrechtlichen Regelungen[78]. Eine Abänderung bedarf der Einstimmigkeit.

a) Ob diese Zusammenziehung unter einen Begriff zweckmässig ist, erscheint zweifelhaft. Es wäre vielmehr sinnvoll, wenigstens in der konkreten vertraglichen Ausgestaltung optisch die Teilungserklärung im engeren Sinne (sachenrechtliche Komponente) von der Gemeinschaftsordnung (schuldrechtliche Komponente) zu trennen[79], zumal ja das WEG dies gesetzessystematisch erfolgreich getan hat. Die Teilungserklärung würde dann dem schweizerischen Begründungsakt, die Gemeinschaftsordnung funktionell dem Reglement (verknüpft mit den wegen ihrer Bedeutung einstimmig zu fassenden Anordnungen) entsprechen. Dennoch ist nicht zu verkennen, dass nach deutschem Recht bis heute die Angelegenheiten der Gemeinschaftsordnung der einstimmigen Beschlussfassung bedürfen (im Gegensatz zur Schweiz). Dadurch ergibt sich für die Rechtsstellung des einzelnen ein Bestandesschutz, wenn auch auf Kosten der mangelnden Flexibilität der Gemeinschaft[80].

b) Die Trennung zwischen der Teilungserklärung im engeren Sinn und der Gemeinschaftsordnung ist auch im Hinblick auf die Revision des WEG von Bedeutung. Für Abänderungen im Rahmen der Gemeinschaftsordnung soll nämlich vom Einstimmigkeitsprinzip abgewichen werden, nicht aber im sachenrechtlichen Zuordnungsbereich[81].

Der Bundesrat hat eine Ergänzung von WEG 10 vorgeschlagen, und zwar in folgenden hauptsächlichen Punkten[82]:

- 3/4 der stimmberechtigten Wohnungseigentümer sollen eine Abänderung der Gemeinschaftsordnung beschliessen können.
- Betroffen davon sind nur Regelungen der Wohnungseigentümer untereinander (Innenverhältnis).
- Beim Entzug eines Sondernutzungsrechts muss der Betroffene zustimmen.

75 Hinten § 12 III.
76 Hinten § 12 IV 5.
77 Um eine Angleichung an die deutsche Terminologie zu erreichen, wird der Begriff "Gemeinschaftsordnung" auch für Reglementsangelegenheiten verwendet, also für den internen Bereich der Stockwerkeigentümer.
78 Eingehend dazu nun die differenzierte Analyse von Rudolf Ertl, Alte und neue Probleme der Gemeinschaftsregelungen des WEG, DNotZ 1979, 267 ff.
79 Diese Trennung und Begriffsbestimmung hat auch Röll (Rechtspfleger 1976, 283 f und DNotZ 1978, 579 f) vorgeschlagen und im einzelnen begründet.
80 Hinten § 12 IV 4.
81 Zur Problematik, dass die Teilungserklärung im engeren Sinne nicht erfasst wird (z.B. wegen der Verschiebung von Räumen): Bärmann, Rechtspfleger 1977, 237 und Bärmann, Minderheitenschutz bei Änderung der Miteigentumsordnung durch Mehrheitsbeschlüsse, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 36 ff.
82 Zur Begründung vgl. Drucksache 8/161, 9 f, 13 f.

- Das Kopfstimmenprinzip ist zwingend, das schriftliche Verfahren ausgeschlossen.
- Eine vertragliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung ist unzulässig.

Die Bundesregierung schlägt demgegenüber eine weniger weitgehende Regelung vor; die ausführlichen Bestimmungen sollen in Anschluss an WEG 29 eingefügt werden. Ihr wesentlichster Inhalt ist[83]:

- 3/4 der stimmberechtigten Wohnungseigentümer, die über 1/2 der Anteile verfügen, sollen eine Abänderung der Gemeinschaftsordnung beschliessen können.
- Die abänderungszulässigen Angelegenheiten werden in einem Katalog zusammengefasst. Dazu gehören: 1. der Zustimmungsvorbehalt nach WEG 12; 2. der Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums, soweit nicht die Eigenart der Wohnungsanlage berührt wird; 3. die baulichen Veränderungen und Aufwendungen; 4. die Kostenverteilung; 5. die Bestellung und Abberufung des Verwalters und die weiteren Verwaltungsangelegenheiten.
- Beim Entzug eines Sondernutzungsrechts muss der Betroffene zustimmen.
- Der Verwalter soll die entsprechende Versammlung (das schriftliche Verfahren ist ausgeschlossen) nur anordnen, wenn dies von 1/4 der Wohnungseigentümer verlangt wird[84].
- Die Zustimmung gewisser betroffener Inhaber dinglicher Rechte ist notwendig.
- Der Abänderungsbeschluss ist notariell zu beurkunden.
- Eine vertragliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung ist unzulässig.
- Die Möglichkeit der einstimmigen Beschlussfassung soll ausdrücklich gewahrt bleiben[85].

Neben der Erschwerung der Beschlussfassung durch formelle Vorschriften (v.a. notarielle Beurkundung[86] und Zustimmung gewisser Inhaber beschränkter dinglicher Rechte[87]) unterscheiden sich der Entwurf des Bundesrates und der Bundesregierung vor allem dadurch, dass neben der Kopfstimmenmehrheit auch die Anteilsmehrheit verlangt und dass der Bereich der änderungszulässigen Angelegenheiten exemplifikatorisch umschrieben wird.

83 Zur Begründung vgl. Drucksachen 445/78 und 8/2444, je 14 ff.

84 Die Rechte des einzelnen werden ausreichend dadurch gewahrt, dass er bei Erreichung des Minderheitenquorums eine entsprechende Versammlung einberufen kann (im einzelnen Drucksachen 445/78 und 8/2444, je 14 f).

85 Die Vorschläge zur Revision von WEG 10 sind allgemein auf unterschiedliche Reaktionen gestossen: Neben Demharter (Rechtspfleger 1977, 44 f und Rechtspfleger 1978, 118 f) sowie Stadler (Das Ziel der Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 11 f), die bis zu einem gewissen Grade als "Partei" einzustufen sind, haben sich auch Bielefeld (37 f), Wolfgang Müller (Welche Auswirkungen haben die geplanten Änderungen des Wohnungseigentumsgesetzes auf die Verwaltung von Eigentumswohnungen?, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 29 f) und Dieter Stephan (Die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes aus der Sicht der Rechtsprechung, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 63 ff, mit überzeugender Begründung) positiv zur Revision verlauten lassen, währenddem Bärmann (Rechtspfleger 1977, 236 ff; 25 Jahre, 22 f; Minderheitenschutz bei Änderung der Miteigentumsordnung durch Mehrheitsbeschlüsse, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 34 ff), Plattenteich (Werden die Rechte der Bauträger durch die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes eingeschränkt?, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 21) und Seuss (Die Teilungserklärung als entscheidendes Kriterium für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, in: Entwicklung und Reform des Wohnungseigentums, 24 f) eher kritisch eingestellt sind.

86 Kritisch dazu Demharter, Rechtspfleger 1978, 119.

87 Zu dieser Kontroverse: Drucksache 445/78, 18 f und Bärmann, Rechtspfleger 1977, 235 f gegen Demharter, Rechtspfleger 1978, 119. Vgl. nun auch Günter Brambring, Die Zustimmung von Drittberechtigten zur Änderung der Gemeinschaftsordnung nach der Novelle zum WEG, DNotZ 1979, 155 ff.

– Was das Zustimmungskriterium betrifft, ist die Lösung der Bundesregierung vorzuziehen[88]: Die Wohnungseigentümergemeinschaft ist eine Objektsgemeinschaft, die nicht nur auf die persönliche Komponente baut, sondern bei der auch die wirtschaftliche Beteiligung eine Rolle spielt. Der häufig bestehenden Gefahr der Ausnützung seiner Macht durch den wirtschaftlich Stärkeren sollte nicht dadurch begegnet werden, dass man der schwach beteiligten Personenmehrheit ebenfalls ein schwer kontrollierbares Machtinstrument in die Hand gibt; andernfalls könnte es vorkommen, dass drei Wohnungseigentümer eine Abänderung der Gemeinschaftsordnung beschliessen, auch wenn der vierte (z.B. der Bauträger vor Verkauf der übrigen Einheiten) weit überwiegend berechtigt ist. Das Zusammengehen der personellen mit der wirtschaftlichen Mehrheit erscheint deshalb als sinnvoll und sachentsprechend (der Bedeutung der Angelegenheit angemessen).
– Hingegen ist wenig deutlich ersichtlich, weshalb die Bundesregierung einen Katalog aufstellen will für diejenigen Punkte der Gemeinschaftsordnung, die sich einstimmig abändern lassen[89]. Praktisch kommen die aufgezählten Fälle der allgemeinen Regelung (alles, was zum Innenverhältnis gehört) ohnehin sehr nahe[90]. Überdies werden Abgrenzungsschwierigkeiten durch generelle Formulierungen eher verhindert. Eine exemplifikatorische Aufzählung wäre deshalb m.E. nur gerechtfertigt, wenn gewisse Fälle aus dem Innenverhältnis bewusst von der erleichterten Abänderbarkeit ausgenommen werden sollten.

§ 4 Die Vertragsfreiheit

I Wesen und Bedeutung der Vertragsfreiheit

1. Tragendes Strukturprinzip sowohl des schweizerischen wie des deutschen Zivilrechts ist die Privatautonomie; sie soll dem einzelnen einen Spielraum für eine selbstverantwortliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse einräumen[1]. Ausprägungen der Privatautonomie sind die Eigentumsfreiheit, die Vertragsfreiheit, die Testierfreiheit, die Assoziationsfreiheit und die Persönlichkeitsfreiheit.

Die Vertragsfreiheit ist ein tragender Grundsatz des Schuldrechts: Sie gibt dem einzelnen das Recht zur Selbstbestimmung und die Freiheit zur eigenverantwortlichen Tätigkeit[2]. Der Anwendungsbereich der Vertragsfreiheit ist jedoch nicht auf das Schuldrecht beschränkt: Im Sachenrecht ist die inhaltliche Ausgestaltung der

88 So auch Bärmann, Rechtspfleger 1977, 237; die Bedenken von Demharter, Rechtspfleger 1978, 118 f vermögen nicht zu überzeugen.
89 In diesem Sinne auch Demharter, Rechtspfleger 1977, 44 und Rechtspfleger 1978, 118.
90 Das Einstimmigkeitserfordernis für bauliche Veränderungen (WEG 22) wird ohnehin von keinem der Revisionsvorschläge erfasst; entbehrlich wird auch in Zukunft nur die Zustimmung derjenigen Wohnungseigentümer sein, die durch die betreffende Massnahme keinen Rechtsnachteil erleiden (WEG 22 I 2).
1 Hans Merz, Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Karlsruhe 1970, 2; vgl. im weitern auch die bei Merz in Anm. 1 zitierte Literatur.
2 Merz (Anm. 1), 5.

von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Typen (Bestimmtheitsgrundsatz) frei[3]. Dies ist insbesondere für die Stockwerkeigentümergemeinschaft von Bedeutung: Soweit es um die Regelung des internen Verhältnisses geht, bestehen nur die Schranken des zwingenden Rechts sowie der allgemeinen Rechtsgrundsätze (Unsittlichkeit, Verstoss gegen Treu und Glauben)[4].

2. Eine einheitliche Begriffsumschreibung der Vertragsfreiheit gibt es nicht; in den Gesetzen wird lediglich auf sie – ohne Definition – Bezug genommen (vgl. etwa OR 19 I). Dennoch wird die Vertragsfreiheit als etwas hinlänglich Bekanntes betrachtet[5] und als Selbstverständlichkeit verwendet[6], sofern nicht der Begriff als solcher in Frage gezogen wird[7].

Diejenigen Autoren, die sich eingehender mit der Vertragsfreiheit beschäftigen, verwenden zur Umschreibung häufig deren Manifestationen[8] oder jedenfalls eine davon[9]. Die Vertragsfreiheit wird zum Teil auch von ihren Grenzen her betrachtet[10].

Die Zahl der Versuche, die Vertragsfreiheit zu definieren, ist deshalb unüberblickbar[11]. Fast überall kommt jedoch die Möglichkeit, das "Ob" und "Wie" des Vertrags zu bestimmen, zum Ausdruck[12,13]. In jüngerer Zeit wird zu Recht auch

3 Meier-Hayoz, Syst. Teil, N 41; im einzelnen hinten § 5, 2 und § 7 II 3.

4 Das schweizerische Recht kennt keine besondere Bestimmung im Stockwerkeigentumsrecht; hingegen hält WEG 10 I 2 ausdrücklich fest, dass die Wohnungseigentümer "von den Vorschriften dieses Gesetzes abweichende Vereinbarungen treffen" können, "soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist".

5 So bezeichnet etwa das schweizerische Bundesgericht die Vertragsfreiheit einfach als "grundsätzlich bestehend" (2.2.1954, BGE 80 II 37: Fall Seelig) oder als im OR "anerkannt" (8.9.1953, BGE 79 II 393).

6 Vgl. Bernhard Schnyder, Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Diss. Fribourg 1960, 30.

7 Der häufige Verzicht auf eine genauere Begriffsumschreibung mag auch damit zusammenhängen, dass die Definition dem Anscheine nach schon im Begriff liegt. Angesichts der Schwierigkeiten mit der Umschreibung erklärt denn auch Edwin Schweingruber (Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei, Diss. Bern 1930, 57), es wäre besser gewesen, man hätte den Begriff der Vertragsfreiheit in die Dogmatik des Privatrechts überhaupt nicht eingeführt.

8 Vgl. etwa Ludwig Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1 und Karl Oftinger, Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 316; besonders drastisch Werner Scherrer, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, Diss. Basel 1948, 9: "Bevor ich auf die geschichtliche Übersicht näher eingehe, möchte ich kurz umschreiben, was ich unter dem Begriff 'Vertragsfreiheit' überhaupt verstehe. Meiner Ansicht nach äussert er sich nach verschiedenen Richtungen hin"!

9 Oser/Schönenberger, Art. 19, N 2; Walther Burckhardt, Methode und System des Rechts, Zürich 1936 (Nachdruck 1971), 116.

10 So beginnt z.B. Rudolf Stammler (Vertrag und Vertragsfreiheit, in: Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge, 1. Bd., Charlottenburg 1925, 340) seine Erörterungen mit den Grenzen der Vertragsfreiheit.

11 Bereits im Jahre 1952 hat Max Fischer (Der Begriff der Vertragsfreiheit, Diss. Zürich 1952, 15 ff) nicht weniger als 13 "Definitionstypen" zusammengestellt und seither ist die Entwicklung nicht stillgestanden.

12 Die schweizerische Lehre stützt sich überwiegend auf die Ausführungen Oftinger's ab, obwohl diesen ein sehr formales Freiheitsverständnis zugrunde liegt.

13 Für Deutschland vgl. Werner Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. I, Karlsruhe 1960, 135 ff (diese Ausführungen sind auch nahezu unverändert in seinen Allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft,

– in Weiterentwicklung einer nur formalen Betrachtungsweise – die effektive Chance, welche die Vertragsfreiheit im täglichen Leben bietet, berücksichtigt: "Formale Vertragsfreiheit ist rechtlich gewährleistete und begrenzte Autonomie, materielle Vertragsfreiheit ist die effektive Chance, diese formelle Autonomie durch Verwendung des rechtlichen Instrumentariums auch in die Wirklichkeit umzusetzen"[14].

2. Zu den Manifestationen der Vertragsfreiheit gehören die Abschlussfreiheit, die Partnerwahlfreiheit, die Inhaltsfreiheit, die Aufhebungsfreiheit und die Formfreiheit.

a) Abschlussfreiheit bedeutet, dass der einzelne in seiner Entscheidung frei ist, ob er einen Vertrag abschliessen will oder nicht[15]; er hat keine Privatrechtspflicht zur Stellung einer Offerte oder zur Abgabe eines Akzeptes[16]. Die Abschlussfreiheit ist das primärste Recht und deshalb auch von grosser Bedeutung; sie wird eingeengt durch den Kontrahierungszwang: Ein solcher kann aber nicht nur rechtlich (auf Grund einer ausdrücklichen Anordnung), sondern auch faktisch gegeben sein, wenn ein einzelner auf Grund der Marktsituation gezwungen ist, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen[17]. Im Bereiche des Stockwerkeigentums hat die Abschlussfreiheit kaum eine Bedeutung.

b) Die Partnerwahlfreiheit gibt das Recht, den Vertragspartner beliebig zu wählen[18]. Die Partnerwahlfreiheit allein ist heute relativ selten tangiert[19].

c) Die Inhaltsfreiheit ist – trotz der Bedeutung der Abschlussfreiheit – das Kernstück der Vertragsfreiheit: Sie beinhaltet die freie Gestaltung dessen, was Inhalt des Vertrages sein soll[20]. Die ideologische Rechtfertigung liegt darin, dass der einzelne seine Interessen am besten kennt und sie wahrzunehmen weiss, weshalb sich eine sachliche Überprüfung durch Dritte erübrigt[21]. Diese liberale Annahme ist jedoch in der heutigen Zeit immer stärkeren Zweifeln ausgesetzt, weil die wirtschaftliche und/oder intellektuelle Unterlegenheit des einen Vertragspartners oft kein

2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1975 eingeflossen) sowie den Beitrag von Ludwig Raiser in derselben Festschrift (Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, 101 ff). Im Gegensatz zur Schweiz wird die Selbstbestimmung nur von einigen Autoren um Flume ins Zentrum gerückt, während andere Autoren die "Richtigkeitsgewähr" des Vertrages betonen (ausgehend von Walter Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 1941, 130 ff; vgl. auch den erwähnten Aufsatz von Raiser). Einen neueren Überblick über die verschiedenen Theorien gibt Ernst A. Kramer, Die "Krise" des liberalen Vertragsdenkens, München/Salzburg 1974.

14 Kramer (Anm. 13), 20.

15 Fischer (Anm. 11), 34 f; Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 5. Aufl., Berlin/New York 1975, 74; Larenz, 37 ff.

16 Schnyder (Anm. 6), 54.

17 Grundlegend immer noch Hans Carl Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.

18 Schnyder (Anm. 6), 65; Fischer (Anm. 11), 35 f; Oftinger, 316; Fritz Rittner, Die Ausschliesslichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, Düsseldorf 1957, 63.

19 Vgl. Oftinger, 320.

20 Fischer (Anm. 11), 36; Oftinger, 316; Larenz, 41 ff; Fikentscher (Anm. 15), 74 f; Rittner (Anm. 18), 63; unklar Flume (Anm. 13: Rechtsgeschäft), 12.

21 So August Egger, Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1950, 16.

Gleichgewicht bei den Verhandlungen mehr zu bringen vermag (fehlende Waffengleichheit). Dies gilt insbesondere bei einseitig aufgestellten Vertragsbestandteilen (z.B. AGB). Die Schranken der allgemeinen Rechtsgrundsätze (Widerrechtlichkeit, Unsittlichkeit, Übervorteilung, Persönlichkeitsverletzung, Verstoss gegen Treu und Glauben) engen denn auch v.a. die Inhaltsfreiheit ein[22].

Im Bereich des Stockwerkeigentums ist die Vertragsinhaltsfreiheit relevant[23]; wegen der häufig einseitig aufgestellten Vertragsbestandteile ist aber auch der Schutz vor unbilligen Klauseln von besonderer Bedeutung.

d) Die Aufhebungsfreiheit gibt die Befugnis, das Vertragsverhältnis – je nach seiner Ausgestaltung einseitig oder übereinstimmend – aufzulösen[24]; Entsprechendes gilt für die Abänderungsfreiheit. Die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist – ausser bei einstimmiger Vereinbarung (vgl. ZGB 712 f; WEG 11) – unauflösbar; dem einzelnen steht dafür die nicht allgemein ausschliessbare Möglichkeit offen, seinen Anteil zu veräussern.

e) Die Formfreiheit beinhaltet die Befugnis zur freien Wahl aller möglichen Formen des Sich-Mitteilens[25]. Sie wird eingeschränkt durch Formvorschriften (z.B. beim Stockwerkeigentum durch die öffentliche Beurkundung).

3. Die Vertragsfreiheit und deren Umfang stehen jedoch nicht ein für allemal fest. Sie ist eine Ausgestaltungsvariante innerhalb der Gesamtrechtsordnung, die dann einzuengen ist, wenn überwiegende andere Interessen dies erfordern. So hat L. Raiser, ein sicher unverdächtiger Rechtslehrer, das Freiheitspathos Oftinger's schon 1958 als "unecht, ja anmassend" empfunden[26].

Heute ist allgemein anerkannt, dass die Vertragsfreiheit einem geschichtlichen Entwicklungsprozess unterworfen ist, weshalb sie sich – als nicht unveränderliches naturrechtliches Phänomen – den Bedürfnissen der Menschen in dem sich ändernden Rechts- und Wirtschaftsleben jeweils in gerechter Weise anpassen muss[27]. "Soll die Vertragsfreiheit ihre Aufgabe erfüllen – nämlich einerseits dem Einzelnen eine möglichst weite Freiheitssphäre schaffen, andererseits als Grundlage einer gerechten Gesamtordnung dienen –, so muss dem Gesetzgeber von vorneherein zugestanden werden, ihren Bereich in wechselndem Umfang zu begrenzen"[28]. Angesichts der immer stärkeren wirtschaftlichen Machtballungen und der abnehmenden Waffengleichheit zwischen den Vertragspartnern ist eine zunehmende Einengung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit unumgänglich, soll nicht das ganze liberale Vertragsrecht eines Tages in die bereits berühmt gewordene "Krise"[29] geraten. Als Leitlinien für die Grenzen einer funktionell verstandenen Vertragsfreiheit drängen sich der Ausgleich der widerstreitenden Interessen zugunsten der schwächeren Vertrags-

22 Vgl. im einzelnen hinten § 4 III B 2–5.
23 Der Gesetzgeber hat den Stockwerkeigentümern bewusst einen weiten Bereich zur Ausübung der Vertragsfreiheit abgesteckt (vgl. WEG 10 I 2 und für die Schweiz auch Friedrich, ZBGR 1973, 134).
24 Fischer (Anm. 11), 38; Oftinger, 316; Rittner (Anm. 18), 63.
25 Schnyder (Anm. 6), 64.
26 Raiser (Anm. 8), 1.
27 Robert Fischer, Vertragsfreiheit und Sozialbindung, Deutsche Richterzeitung 1974, 211.
28 Urs Widmer, Der richterliche Eingriff in den Vertrag, Diss. Zürich 1971, 26.
29 Vgl. dazu die Studie von Kramer (Anm. 13).

partei und die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Privatrechtssystems im ganzen auf.

Die Literatur hat sich zwar überwiegend mit den zweiseitigen Verträgen befasst; die erarbeiteten Grundsätze gelten aber auch für das Innenverhältnis der Stockwerkeigentümergemeinschaft. Die Erwerber von Eigentumswohnungen akzeptieren nämlich stillschweigend den vom Bauträger überwiegend allein aufgestellten Begründungsakt (Teilungserklärung) und die Gemeinschaftsordnung, auch wenn sich dieser darin eine nicht gerechtfertigt starke Rechtsstellung (z.B. bei der Verwalterbestellung) eingeräumt hat. Allfällige übermässige Eingriffe in die Rechtsstellung der einzelnen sind bei der konkreten Schrankenziehung der Vertragsfreiheit im Auge zu behalten.

II Die Schranken der Vertragsfreiheit

A Allgemeines

1. Die Vertragsfreiheit ist nicht schrankenlos; eine unbegrenzte Freiheit würde sich selber aufheben; die Begrenzung ist ihr deshalb immanent.

2. Die herrschende Lehre unterscheidet zwischen den rechtlichen und den faktischen Schranken[30]. Zu den ersten gehören diejenigen Bestimmungen, die vom Gesetzgeber aufgestellt werden, weil er in gewissen Bereichen die schrankenungebundene Ausübung der Vertragsfreiheit als ungerechtfertigt erachtet; die zweiten ergeben sich aus der konkreten praktischen Situation, wenn ein einzelner die Vertragsfreiheit gar nicht ausüben kann.

Beide Arten von Schranken sind in ständigem Zunehmen begriffen; sie entwikkeln sich aber nicht unabhängig voneinander. Gesetzgeberische Eingriffe (mit der Statuierung zwingenden Rechts) erweisen sich nicht nur zum Schutze Dritter, sondern ebensohäufig deshalb als nötig, weil die faktischen Gestaltungsmöglichkeiten der einen Partei aus wirtschaftlichen Gründen zu schwach sind. Zwingendes Recht (z.B. im Abzahlungs-, Arbeits- oder Mietvertrag) wird also dann erlassen, wenn die gegenseitige Selbstbestimmung und damit die Chance für einen gerechten Interessenausgleich nicht mehr gewährleistet ist. Faktische Schranken werden etwa bewirkt durch ein wirtschaftliches Übergewicht (Monopolstellung u.a.) oder durch die Standardisierung der Verträge (AGB). Zu fragen ist somit danach, ob beide Parteien von der privatautonomen Gestaltungsbefugnis den richtigen Gebrauch machen können (keine wirtschaftliche oder intellektuelle Unterlegenheit).

3. Bei der Verfolgung dieser Frage hilft jedoch die Unterscheidung in rechtliche und faktische Schranken nicht weiter; im Vordergrund muss nämlich die Bezugsperson stehen (Schutz des Dritten oder der Vertragspartei). Unter diesem Gesichtspunkt ist zwischen den Aussen- und den Innenschranken zu trennen[31]; dies ergibt folgendes Bild:

30 Oftinger, 324 ff.
31 So auch Wolf, 36 ff.

Aussenschranken:

Die der Vertragsfreiheit generell gezogenen Schranken, an die jede Partei, auch wenn sie in freier Selbstbestimmung handelt, gebunden ist, weil sie in andere als eigene Interessen eingreift.

- Geschützte Interessen
  - Interessen der Allgemeinheit
    - Schutz der volkswirtschaftlichen Ordnung (z.B. Funktionieren des Wettbewerbs: Kartellbindung, Preis-, Devisenvorschriften)
    - Aufrechterhaltung der Gesamtrechtsordnung (Verbot der Bestechungsgelder an Beamte)
  - Interessen Dritter
    - Kein Vertrag zu Lasten Dritter
    - Verbot der Kredittäuschung und Gläubigergefährdung
  - Eigene Interessen: Persönlichkeitsschutz
- Rechtlich-dogmatische Erfassung
  - Zwingendes Recht: OR 20/BGB 134 (sowie Spezialbestimmungen)
  - Verbot des unsittlichen Inhalts (OR 20/BGB 138) und der Übervorteilung (OR 21)
  - Beeinträchtigung der Persönlichkeit (ZGB 28)
  - Treu und Glauben (ZGB 2/BGB 242)
  - Indirekte (oder evtl. direkte) Auswirkungen von Grundrechten

Innenschranken:

Konkrete Schranken, die dort spielen, wo eine Partei in ihrer Selbstbestimmung durch die Übermacht einer anderen bedroht ist, die sich also nur zuungunsten des Mächtigeren auswirken.

- Geschützte Interessen:

  Recht auf Selbstbestimmung auch bei Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses (Arbeitnehmer, Mieter), selbst wenn sich unangemessene Forderungen wegen des Angewiesen-Seins nur schwer zurückweisen lassen. Schutz des wirtschaftlich, sozial oder intellektuell Unterlegenen bei AGB.
- Rechtlich-dogmatische Erfassung
  - Zwingendes Recht
    - Allgemeiner Schutz (z.B. Gesundheit, Mutter-, Jugend-, Arbeiterschutz)
    - Schutz des Unterlegenen durch einseitig zwingende Normen (Mieterstreckung in einem Härtefall für den Mieter)
  - Kollektiver Zusammenschluss
  - Weitere Lösungsversuche:
    - Unsittlichkeit, Übervorteilung (OR 20/21; BGB 138)
    - "Inhaltskontrolle" gemäss BGB 315 oder das AGBG
    - Treu und Glauben (ZGB 2; BGB 242)
    - Indirekte Auswirkungen von Grundrechten.

  Bei allen diesen Lösungsmöglichkeiten stellt sich aber das Problem, dass der Betroffene einmal zugestimmt hat; als Begründung dient deshalb "nur" der Machtmissbrauch.

Die Aussenschranken sind im Rahmen des Stockwerkeigentumsrechts nicht von besonders grosser Bedeutung. Um eine solche handelt es sich im schweizerischen Recht z.B. bei ZGB 712l: Die Gemeinschaft ist nur im Bereiche ihrer Verwaltungstätigkeit handlungsfähig[32]; dadurch werden die Dritten insoweit geschützt, als die Gemeinschaft nicht beliebig Geschäfte abschliessen kann und es hierauf am Haftungssubstrat fehlt (keine Solidarhaftung der Stockwerkeigentümer).

Relevant ist jedoch die Frage der Innenschranken: In der Praxis ist nämlich davon auszugehen, dass sowohl der Begründungsakt wie die Gemeinschaftsordnung überwiegend einseitig aufgestellt werden. Dies bringt jedoch die potentielle Gefahr mit sich, dass die Rechtsstellung der späteren Stockwerkeigentümer übermässig eingeschränkt wird. Damit ist nicht gesagt, dass die einseitige Begründung von Stockwerkeigentum an sich schon unlauter ist; es ist nur im Auge zu behalten, dass ein Korrektiv in der Person eines gleich starken Vertragspartners fehlt, weshalb – in Einzelfällen (z.B. bei der Erstellung von Eigentumswohnungen nur zu Spekulationszwecken) – die Möglichkeit besteht, dass nicht ein ausgeglichenes Rechtsverhältnis entsteht. In solchen Situationen ist es Aufgabe des Rechts, Schranken zu setzen. Diesbezüglich fehlt aber im Bereich des Stockwerkeigentums ein gesicherter Boden: Ein Einschreiten des Gesetzgebers (wie bei gewissen zweiseitigen Verträgen, z.B. Mietvertrag) hat sich bisher noch nicht (in Deutschland immerhin beschränkt[33]) aufgedrängt, weil die Auswüchse quantitativ nicht ein so hohes Ausmass erreicht

32 Die rechtliche Behandlung der Gemeinschaft im Aussenbereich ist gesetzgeberisch nicht leicht zu lösen: Einerseits sind die Stockwerkeigentümer grundsätzlich selbständige Rechtsträger, anderseits würde eine Verselbständigung der Gemeinschaft deren Auftreten nach aussen erleichtern. Der schweizerische Gesetzgeber hat insoweit einen Mittelweg einzuschlagen versucht, als er trotz der mangelnden Rechtsfähigkeit der Stockwerkeigentümergemeinschaft ihr in gewissen Bereichen die Handlungsfähigkeit zuerkannt (verliehen) hat: "sie kann Vermögen erwerben, soweit dies die Verwaltungstätigkeit mit sich bringt bzw. von ihr nötig gemacht wird, und ist in diesem Rahmen aktiv sowie passiv betreibungs- und prozessfähig" (Weber, SJZ 1979, 118 und dort zitierte Literatur). Die genauen Grenzen dieser beschränkten Handlungsfähigkeit sind umstritten und im einzelnen Anlass zur Diskussion (Weber, SJZ 1979, 117 ff; Zürcher Obergericht, Entscheide vom 28.3.1978 und vom 6.6.1978, SJZ 1979, 126 und 127 f). Auch wenn sich, v.a. im Zusammenhang mit den Gewährleistungsansprüchen (vgl. Weber, SJZ 1979, 123 ff), erhebliche Probleme stellen, hat doch der Gesetzgeber hinsichtlich der vereinfachten Geltendmachung gewisser Rechte einen wesentlichen Schritt getan. Demgegenüber sind im deutschen Recht immer die Wohnungseigentümer Träger der Rechte und Pflichten, die Gemeinschaft ist in keinem Punkte verselbständigt; auch der Verwalter handelt mit Wirkung für und gegen die Gemeinschafter (BGH, 12.5.1977, NJW 1977, 1686 und 21.10.1976, NJW 1977, 45; eingehend Tiekötter, 89 ff; vgl. auch Bärmann, SJZ 1960, 119); sie werden deshalb grundsätzlich gesamthänderisch verpflichtet (Bärmann/Pick, § 21, N 16; Weitnauer/Wirths, § 10, N 19), ausser wenn sich aus dem Vertrag eine Anteilshaftung ergibt. Im Gegensatz etwa zur OHG hat es der Gesetzgeber auch unterlassen, eine Annäherung an die juristische Person zu statuieren. Die Frage der Aussenwirkung ist aber unabhängig von der inneren Struktur: In beiden Rechten ist die Gemeinschaft körperschaftlich organisiert; ähnlich wie beim Verein findet sich das überindividuelle Moment, das Zurücktreten des einzelnen hinter die Kollektivsphäre, die mehr oder weniger straffe Organisation, die ein ordnungsgemässes Zusammenleben der Gemeinschafter ermöglichen soll (vgl. auch hinten § 20 II).

33 Mit der Revision des WEG im Jahre 1973 ist die unwiderrufliche, langfristige Verwalterbestellung ausgeschlossen worden; die neuen Novellierungsbemühungen haben ebenfalls den Schutz der Wohnungseigentümer im Auge (z.B. hinsichtlich der Veräusserungs- und Benutzungsbeschränkungen).

haben, und die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze stösst deshalb auf Schwierigkeiten, weil unklar ist, welche Regelungen aus anderen Rechtsbereichen der Struktur der Stockwerkeigentümergemeinschaft am ehesten entsprechen[34].

Bevor auf die Vertragsfreiheit beim Stockwerkeigentum im besonderen eingegangen wird, kommen noch einige allgemeine Schranken zur Sprache.

B Verstoss gegen zwingendes Recht

Die Vertragsfreiheit wird eingeschränkt durch das zwingende Recht. Das WEG hat sich diesen Entscheid insofern leicht gemacht, als es erklärt, Vereinbarungen der Gemeinschafter seien zulässig, soweit nicht deren Ausschluss angeordnet werde (WEG 10 I 2); zwingendes Recht ist deshalb als solches ausdrücklich zu bezeichnen. Im Laufe der Jahre hat sich diese Regel aber doch nicht als so glücklich erwiesen: Bei verschiedenen Bestimmungen (z.B. WEG 18 III) ist die Meinung vertreten worden, das Wesen des Wohnungseigentums verlange die Unabdingbarkeit; andere (z.B. WEG 24 II) sind von der Rechtsprechung und der Lehre in neuerer Zeit offen als zwingend bewertet worden[35].

Ob im schweizerischen Recht eine Norm unabdingbar ist, muss ihrer Formulierung, Stellung und teleologischen Ausrichtung entnommen werden. Dies ist, v.a. im Rahmen der Verwaltungshandlungen, oft nicht einfach; die Entscheidung ist deshalb durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln.

C Sittenwidrigkeit

OR 20 und BGB 138 bestimmen, dass Verträge, die sich nicht im Rahmen der guten Sitten halten, nichtig sind; ethische Postulate, die an sich nicht durchsetzbar sind, erhalten dadurch eine rechtlich-normative Kraft[36]. Appelliert wird dabei an die allgemein anerkannten Wertanschauungen, die einem Staatsverband durch seine Bürger zugrunde liegen. Durch die Generalklausel wird somit dem Richter die Macht eingeräumt, neben der Anwendung und Bewertung von Gesetzesvorschriften auch moralische – und v.a. soziale – Werte miteinzubeziehen[37]. Aus der reichhaltigen Rechtsprechung sowohl in der Schweiz[38] wie in Deutschland[39] lassen sich folgende Fallgruppen bilden[40]:

34 Einen Überblick über die Rechte der Minderheit und Schutzmöglichkeiten "abhängiger" Stockwerkeigentümer gibt mein Beitrag "Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum" (ZBGR 1979, 144 ff).
35 Hinten § 20 II 2.
36 Lörtscher, 200.
37 Vgl. unter diesem Gesichtspunkt die eingehende Auseinandersetzung mit der Gute-Sitten-Klausel von Gunther Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt a.M. 1971.
38 Statt vieler: von Tuhr/Peter, 255 ff.
39 Statt vieler: Larenz, 51, 53; Soergel/Hefermehl, § 138, N 2 ff, 62 f.
40 In Anlehnung an die differenzierte Aufteilung von Lörtscher, 201 f.

- krasse Verletzung der Gleichstellung (Parität, Waffengleichheit) der Parteien;
- Einräumung ganz übermässiger Vorteile an die eine Partei auf Kosten der anderen;
- Ausbeutung der schwächeren Vertragspartei durch Ausnützung einer wirtschaftlichen, sozialen, intellektuellen oder sonstigen Machtstellung;
- übermässige Beschränkung der wirtschaftlichen oder persönlichen Freiheit der einen Partei;
- Gefährdung der körperlichen Integrität der einen Partei durch den Vertragsabschluss (z.B. risikoreicher Inhalt), sofern dies nicht höhere Interessen rechtfertigen;
- Verletzung des sittlichen Gefühls durch die im Vertrag kundgetanen niederen Motive und die verwerfliche Gesinnung[41].

Diesen Fallgruppen kommt jedoch nur Beispielcharakter zu: Weder sind sie abschliessend aufzufassen, noch können sie generell angewendet werden; vielmehr ist in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob die konkreten Umstände so liegen, dass die Vertragsgestaltung unsittlich erscheint.

In gewissem Sinne ein Sonderfall des unsittlichen Rechtsgeschäftes ist die – im schweizerischen Recht speziell geregelte – Übervorteilung (OR 21): Objektiv setzt sie ein offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung voraus, subjektiv muss die Ausbeutung einer Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns gegeben sein[42]. Die Übervorteilung ist jedoch ziemlich stark auf die echt zweiseitigen Verträge zugeschnitten, nicht auf Gemeinschaftsverhältnisse; so ist ohne weiteres denkbar, dass eine Vertragspartei beim Kauf einer Eigentumswohnung übervorteilt wird[43]; im Innenverhältnis dürfte dagegen gewöhnlich die allenfalls völlig ungerechtfertigte (unsittliche) oder treuwidrige vertragliche Gestaltung im Vordergrund stehen.

In neuerer Zeit ist versucht worden, die Unsittlichkeit im Sinne der sozialen Ungerechtigkeit zu interpretieren[44]. Dadurch ergeben sich neue Entwicklungsperspektiven der Sittenwidrigkeit, wobei jedoch eine genauere Konkretisierung nötig ist, soll nicht die Gefahr einer unkontrollierten Ausuferung des Begriffs heraufbeschworen werden.

41 Die letztgenannten beiden Gründe dürften im Stockwerkeigentum kaum eine Bedeutung erlangen.

42 Vgl. im einzelnen Karl Oftinger, Betrachtungen über die laesio im Schweizerischen Recht, in: Festschrift für Pan J. Zepos, Bd. II, Athen/Freiburg/Köln 1973, 535 ff; Emil W. Stark, Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, 377 ff; von Tuhr/Peter, 342 ff.

43 Denkbar wäre deswegen etwa eine Auflösung des Kaufvertrages und – bei Anerkennung der Teilnichtigkeit – eine Herabsetzung des Kaufpreises.

44 Esser/Schmidt, 6, 86 f; vgl. aber auch die Kritik von Jürgen Schmidt, Ein "soziales Obligationenmodell" im Schuldrecht?, AcP 1976, 381 ff.

D Die Suche nach weiteren Schutzmöglichkeiten zugunsten der schwächeren Vertragspartei

1. Überblick

Vor allem im Zusammenhang mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat sich der Schutz der abhängigen Vertragspartei, gestützt auf zwingendes Recht (angesichts der liberalen Vorstellungen des BGB und ZGB) sowie auf die Sittenwidrigkeit (inklusive Übervorteilung), als ungenügend erwiesen. Seit Jahrzehnten haben denn auch die deutsche Lehre und Rechtsprechung nach Normen geforscht, die eine Handhabe bieten könnten, um unsachgemässe vorformulierte Klauseln für nichtig zu erklären. Daneben sind aber gleichzeitig andere Verfahren gesucht worden, die einen besseren Schutz der abhängigen Vertragspartei bringen würden; dazu gehören etwa[45]:

- administrative Verwaltungskontrolle[46]: Diese stellt aber einen Fremdkörper im Privatrecht dar, auf den nur dann zurückzugreifen wäre, wenn alle systemadäquateren Mittel versagten.
- Gegenmacht durch Organisierung: Eine Erhöhung der Vertragsfreiheit auf die Kollektivebene erscheint jedenfalls im Bereiche des Stockwerkeigentums praktisch ausgeschlossen, weil sich die Betroffenen kaum zu einer funktionstüchtigen Gruppe vereinigen lassen[47].
- Ausbau der Selbstkontrolle[48]: Abgesehen davon, dass das geeinigte Vorgehen der Bauträger im Stockwerkeigentum praktisch nur schwer verwirklichbar sein dürfte, hat sich im Alltag immer wieder erwiesen, dass sich Beschränkungen nur aus gutem Willen im Ernstfall nicht durchsetzen[49].

Soweit also der Gesetzgeber nicht mit dem Erlass zwingenden Rechts – dies ist nun seit 1977 durch das AGBG der Fall – tätig wird, ruht der Schutz der schwächeren Vertragspartei auf den Schultern des Richters. Die Richtigkeit dieses Vorgehens hat sich an der erfolgreichen deutschen Entwicklung zur offenen Vertragsinhaltskontrolle gezeigt; die – von der Wissenschaft unterstützte[50] – richterliche Tätigkeit

45 Vgl. etwa Bauer, 30 f; Mroch, Karl-Egbert, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Karlsruhe 1960, 12 ff; Kötz, Hein, Welche gesetzgeberischen Massnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegen AGB und Formularverträge?, Gutachten, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Bd. I, München 1974, A 56 ff.

46 Dazu Philippe Nordmann, Le contrat d'adhésion, abus et remèdes, Diss. Lausanne 1974, 125 ff.

47 Es stellt sich die gleiche Problematik wie bei der mangelnden Organisierbarkeit der Mieter: vgl. Heinz Hausheer, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 1976 II 352 ff; dazu auch Horst Bartholomeyczik/Werner Benisch, Rechtsgrundlagen der Gegengewichtsbildung, Köln 1966, 60.

48 Es müsste sich dabei wohl um eine Kontrolle handeln, wie sie entsprechend im Kartellrecht vorgesehen ist (vgl. Hans Merz, Schweiz, in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Frankfurt a.M./Berlin 1968, 78 ff).

49 Kritisch dazu auch Kötz (Anm. 45), A 33 ff; Hausheer (Anm. 47), 284, Anm. 113.

50 So überträgt Arthur Meier-Hayoz (Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung, ZSR 1959 I 101) der Wissenschaft zu Recht "ein Wächteramt besonderer Art", wo es "an staatlicher Kontrolle und richterlicher Überprüfbarkeit fehlt", das auch die Neubildung von Recht in sich schliessen kann.

stellt sich als sinnvolle Übergangslösung zu einer späteren legislativen Konsolidierung dar[51].

2. Die Inhaltskontrolle nach deutschem Recht

a) Die heutige Rechtsprechung zu den Formularverträgen sieht auf eine lange Entwicklung zurück[52]. Bereits das Reichsgericht musste das Aufkommen von Machtmissbräuchen bekämpfen: Es stützte sich dabei auf BGB 138. Im Laufe der Jahre ist diese Monopolmissbrauchstheorie (im Sinne der Sittenwidrigkeit) vermehrt auf Kritik gestossen. Mitte der fünfziger Jahre hat dann der BGH – mit Ausnahme eines Entscheides, in dem er sich, einer Anregung von Larenz folgend, auf BGB 315 gestützt hat[53] – mit der Entwicklung einer eigentlichen Inhaltskontrolle begonnen, wobei er dogmatisch auf das Grundlagenwerk von Raiser[54] aufgebaut hat: Danach ist der Grundsatz von Treu und Glauben (BGB 242) Eingriffsmassstab[55]. Als Leitsatz hat sich dabei ergeben, dass AGB und Formularverträge nur wirksam sind, wenn sie sachlich angemessen erscheinen; in jahrelanger Rechtsprechung hat der BGH typologisch verfeinerte Anforderungen an den Inhalt bestimmter Fallgruppen, Klauseltypen und Vertragsarten entwickelt[56].

b) Die Ergebnisse dieser Rechtsprechung haben ihren Niederschlag im AGBG, das auf den 1.4.1977 in Kraft trat, gefunden.

Inwieweit gilt nun das AGBG auch im Bereiche des Wohnungseigentums? Klar ist seine Anwendbarkeit im Hinblick auf die Kaufverträge: Durch die Unterstellung soll den Notaren noch verstärkt die Möglichkeit gegeben werden, sich für ausgewogene Vertragsbestimmungen einzusetzen[57].

Damit hat eine längere Kontroverse ein Ende genommen: Der BGH hat nämlich die Inhaltskontrolle bei Immobiliarkaufverträgen abgelehnt, weil die Mitwirkung des Notars bereits die Gewähr für eine ausgewogene Vertragsgestaltung gebe[58]. Dieser Entscheid ist auf weitgehende Kritik gestossen: Wenn der Vertrag geschäftstypisch von einer Partei aufgestellt würde, könne der Notar faktisch auf den Inhalt keinen Einfluss mehr ausüben[59]; bei der Beurkundung erweise sich das wirtschaftliche Übergewicht häufig als so erheblich, dass eine Veränderung zugunsten des Käufers kaum möglich sei, weil wenig "gleiche" Alternativangebote vorlägen; da deshalb die Durchsetzungschance einer ausgewogenen Vertragsgestaltung klein sei, dürften nur sachlich angemessene Verträge beurkundet werden, wobei ein Widerspruch zum Gerechtigkeitsgehalt des

51 Bauer, 31; Hausheer (Anm. 47), 288; Hans Merz, Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit Suisse, SemJud 1975, 207.
52 Vgl. dazu u.a.: Bauer, 60; Joachim Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., München 1977, 163 ff; Wilhelm Weber, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 1967; Staudinger/Weber, § 242, D 97 ff.
53 BGH, 29.10.1962, BGHZ 38, 186.
54 Ludwig Raiser, Das Recht der AGB, 2. Aufl., Bad Homburg 1961 (1. Aufl. 1935), v.a. 277 ff.
55 BGH, 29.10.1956, BGHZ 22, 296 ff (Grundsatzentscheid) und seitherige Rechtsprechung.
56 Vgl. Bauer, 68 und die dort in Anm. 51–53 zitierte Literatur.
57 Schippel/Brambring, 147 f.
58 BGH, 14.10.1966, NJW 1967, 32 f.
59 Köbl, 391 und dort zitierte weitere Literatur.

dispositiven Rechts, der die Interessen des benachteiligten Teils übergehe, als unangemessen gelte[60].

Werden jedoch auch die Gemeinschaftsordnungen beschlagen? In AGBG 23 hat der Gesetzgeber das Arbeits-, Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht vom AGBG ausgenommen. Die schlichte Rechtsgemeinschaft fällt aber nicht unter den Begriff der Personengesellschaft, sondern die Beziehungen der Gemeinschafter sind schuldrechtlicher Natur. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümer unter das AGBG fällt, sofern dessen Voraussetzungen erfüllt sind[61].

Der Hauptstreitpunkt in der Diskussion geht dahin, ob es sich bei einer einseitig aufgestellten, aber mehrseitig geltenden Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung um einen "Vertrag" im Sinne des AGBG handle. Dies ist m.E. zu bejahen: Die einseitige Tätigkeit ist nicht eigentlich rechtsgestaltend (wie z.B. bei der Kündigung), sondern materiell geht es um eine einstimmige Vereinbarung, indem die Wohnungseigentümer stillschweigend mit dem Abschluss des Kaufvertrages auch die Gemeinschaftsordnung akzeptieren; es drängt sich deshalb ein Durchgriff durch das formell (einseitige) Vorgehen auf die inhaltlich (mehrseitige) Interessenlage auf[62].

c) Die Inhaltskontrolle, wie sie von der Rechtsprechung entwickelt worden ist, erweist sich aber zukünftig im Bereiche des Wohnungseigentums nicht als überflüssig. Vor allem im Individualbereich hat sie nach wie vor ihre Bedeutung; auch in diesem kann es vorkommen, dass eine – generell und typischerweise festzustellende – Störung des Gleichgewichts zwischen den Vertragspartnern (als Rechtfertigung der Inhaltskontrolle) vorkommt. Die Inhaltskontrolle muss somit immer dann bereitstehen, "wenn die als Grundelement der Privatautonomie vorausgesetzte, uneingeschränkte Selbstbestimmungsmöglichkeit, die Vertragsparität also, typischerweise gestört ist"[63]. In diesem Sinne verstanden kann die Inhaltskontrolle der Sittenwidrigkeitsschranke vorgelagert sein[64]. Sie stellt dann eine Angemessenheitskontrolle (v.a. in Anlehnung an die Generalklausel von AGBG 9), wenn auch methodisch kaum von der Rechtskontrolle unterschieden, dar, die als richterliche Rechtsfortbildung durch die Aufhebung des Wertungswiderspruchs, der bestehen würde, wenn man Normen, die ihrem Gerechtigkeitsgehalt nach nicht auf Fälle gestörter Vertragsparität beschränkt werden können, den Parteien des Individualvertrages vorenthalten würde, gerechtfertigt wäre[65].

Wo beim Wohnungseigentum nicht schuld- oder sachenrechtliche, sondern mitgliedschaftsrechtliche Komponenten im Vordergrund stehen (v.a. bei der Regelung des Stimmrechts in der Versammlung), lassen sich auch die eingehenden, in der letzten Zeit erarbeiteten Konkretisierungen der Inhaltskontrolle im Gesellschaftsrecht entsprechend heranziehen[66].

60 Eingehender dazu Köbl, 396.
61 Ulmer/Brandner/Hensen, § 23, N 23; a.A. scheint Ludwig Röll (Das AGB-Gesetz und die Aufteilung zu Wohnungseigentum, DNotZ 1978, 722) zu sein.
62 Eingehender dazu nachfolgend (mit Literaturübersicht) § 4 IV 3.
63 Lieb, 204.
64 Vgl. dazu die Bemerkung von Theo Mayer-Maly, Buchbesprechung Stefan Westhoff, Die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, AcP 1977, 382.
65 Dazu eingehend Lieb, 217.
66 In einer Grundsatzentscheidung hat der BGH die Inhaltskontrolle im Gesellschaftsrecht

3. Die schweizerische Zurückhaltung gegenüber einer Inhaltskontrolle – Ersatzmöglichkeiten

a) Die schweizerische Lehre ist demgegenüber mit der Anerkennung einer Inhaltskontrolle zurückhaltend[67]. Von den angeführten Gründen für die Bedenken gegen ein richterliches Eingriffsrecht vermögen jedoch der Hinweis auf die Infragestellung der Rechtssicherheit und insbesondere der Vertragsfreiheit nicht zu überzeugen[68]; es wird nämlich dabei auf die völlig formale (und inhaltsleere) Vertragsfreiheit abgestellt, die mangels eines materialen Gehalts nicht schutzwürdig ist (die Verteidigung der Vertragsfreiheit ist nur so weit gerechtfertigt, als beide Vertragspartner die reale Chance haben, sie auszunützen)[69]. Hingegen ist ein dogmatischer Einwand zu beachten: Im Gegensatz zu BGB 242 handelt es sich bei ZGB 2 nicht um eine einheitliche, ein Verhalten nach Treu und Glauben gebietende Norm, sondern Abs. 2 greift lediglich einen qualifizierten Aspekt der gegenseitigen Rücksichtnahmepflicht heraus (den offenbaren Rechtsmissbrauch), der zu einem Eingriff in den Vertrag ermächtigt; diese allgemein vertretene Auffassung von der Doppelnatur von ZGB 2 schliesst also aus, dass der Richter, gestützt auf Abs. 1, berichtigend eingreift[70].

Soweit nicht ein offenbarer Rechtsmissbrauch vorliegt, ist also das schweizerische Recht weiterhin auf die Möglichkeiten angewiesen, die sich im Zusammenhang mit der Auslegung von Formularverträgen ergeben; im Mittelpunkt steht dabei das Vertrauensprinzip (z.B. hinsichtlich der Globalzustimmung zu AGB). Unter diesem Gesichtspunkt ist insbesondere davon auszugehen, dass bei Unklarheit über eine einseitig aufgestellte Klausel diese gegen den Verwender auszulegen ist[71] und dass völlig überraschende Vertragsbestimmungen nicht standhalten (Ungewöhnlichkeitsregel)[72]. Weitere Ausdehnungen sind zwar denkbar, doch bringen sie die Gefahr der Überspannung des Vertrauensprinzips mit sich.

anerkannt (14.4.1975, BGHZ 54, 238 ff); aus der seitherigen umfangreichen Literatur vgl. Herbert Wiedemann, Die Legitimationswirkung von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, v.a. 591 ff; Westermann, AcP 1975, 375 ff; Klaus-Peter Martens, Allgemeine Gesellschaftsvertragsbedingungen auf dem Prüfstand der Privatautonomie, JZ 1976, 511 ff sowie insbesondere Uwe H. Schneider, Die Inhaltskontrolle von Geselischaftsverträgen, ZGR 1978, 1 ff (mit weiteren Literaturhinweisen).

67 Vgl. Merz (Anm. 48), 99 f; Eugen Auer, Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Diss. Bern 1964, 45 ff; Lörtscher, 240 ff; Bauer, 34 ff.

68 So stellt Lörtscher, 241 diese beiden Gründe zu Unrecht an die Spitze seiner Ausführungen.

69 Was die Rechtssicherheit betrifft, ist davon auszugehen, dass es wenig wünschenswert ist, wenn sich ein Aufsteller einseitiger Bestimmungen (unter Missbrauch seiner Macht) hinsichtlich deren Beständigkeit sicher sein könnte; der wirtschaftlich schwächeren Vertragspartei ist ohnehin nicht an der Rechtssicherheit gelegen.

70 Dazu Merz, Einleitung, Art. 2, N 22 ff; Auer (Anm. 67), 42 ff; Lörtscher, 238 ff.

71 So die ganz überwiegende Lehre: Merz, Einleitung, Art. 2, N 172, 157; Merz (Anm. 48), 89 ff; Merz (Anm. 51), 200 f; Bauer, 50 ff (und dort zitierte Autoren); vgl. auch die Literaturübersicht bei Lörtscher (109, Anm. 11); a.A. Max Keller, Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge, SJZ 1961, 321 ff und sein Schüler Lörtscher, 109 f.

72 Merz, Einleitung, Art. 2, N 166, 173; Merz (Anm. 51), 198; Bauer, 44 ff; Lörtscher, 113 f (und dort zitierte Literatur).

Weil die geschilderte indirekte Vertragskontrolle dementsprechend nur ungenügend wirksam ist[73], fragt sich, inwieweit der offenbare Rechtsmissbrauch dem Schutze der schwächeren Vertragspartei dienstbar gemacht werden kann. Von den verschiedenen Fallgruppen[74] fällt dabei v.a. der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung in Betracht: Kann der angestrebte Erfolg durch verschiedene Mittel erreicht werden, so ist dasjenige Vorgehen zu wählen, das die Rechtsstellung des davon Betroffenen am wenigsten beeinträchtigt[75]. Auch bei einer extensiven Auslegung wäre der Anwendungsbereich im Stockwerkeigentum jedoch relativ beschränkt.

Die Inhaltskontrolle ist somit in der Schweiz noch kaum entwickelt; was im wesentlichen für schuldrechtliche Beziehungen ausgeführt wurde, gilt noch in erhöhtem Masse für Eingriffe in gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen[76]. Immerhin hat die Rechtsfortbildung im deutschen Recht auch in der Schweiz ihre Spuren hinterlassen: Einmal hat das Bundesgericht beiläufig (ohne Stellungnahme) die Inhaltskontrolle des deutschen Rechts erwähnt[77] und in der Lehre zeigt sich eine zunehmende Tendenz, die Bedenken gegen das richterliche Eingriffsrecht abzubauen[78]; dogmatisch müsste dabei der strukturelle Unterschied von ZGB 2 I und 2 II überwunden werden.

b) Eine Schutznorm stellen noch die Persönlichkeitsrechte von ZGB 27/28 dar; ihr Normzweck wird aber überwiegend die Schutzbedürftigkeit im Hinblick auf die Sittenwidrigkeit oder den offenbaren Rechtsmissbrauch verstärken. Nur in seltenen Fällen dürfte eine selbständige Anrufung möglich sein (z.B. bei vollständiger Aushöhlung des Eigentumsrechts).

c) Gemäss OR 19 II sind von gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst. Auffallend an dieser Norm ist, dass auf das zwingende Recht (OR 20), die guten Sitten (OR 20) und den Persönlichkeitsschutz (ZGB 27/28) andernorts eingegangen wird, nicht aber auf die öffentliche Ordnung. Handelt es sich dabei um einen eigenständigen Begriff und damit um eine selbständige Schranke der Vertragsfreiheit?

Diese Frage ist erst in jüngerer Zeit von zwei Autoren aufgegriffen worden[79]: Sie sehen die öffentliche Ordnung als Generalklausel (innerstaatlichen ordre public), die gegenüber solchen Verträgen, die grundlegende Prinzipien oder Rechtsinstitute gefährden, anwendbar sei. Diese Konstruktion ist nicht unbestritten geblieben[80]. Ihre

73 Bauer, 53 ff.
74 Merz, Einleitung, Art. 2, N 340 ff.
75 Merz, Einleitung, Art. 2, N 393 ff.
76 Eine eingehendere Auseinandersetzung fehlt meines Wissens; angesichts der Zurückhaltung des Bundesgerichts, in Gesellschaftsangelegenheiten einzugreifen (3.4.1973, BGE 99 II 55 ff), ist jedenfalls von der Rechtsprechung auch nicht viel zu erwarten.
77 Entscheid vom 13.6.1972, BGE 98 Ia 314 ff.
78 Merz (Anm. 51), 205 ff; Auer (Anm. 67), 65; Hausheer (Anm. 47), 288 ff; Bauer, 53 ff.
79 Broggini, Gerardo, Ordine pubblico e norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale in diritto svizzero, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, 93 ff; Stokar, Conrad, Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Diss. Basel/Stuttgart 1971, 62 ff.
80 Lörtscher, 196 ff.

Problematik liegt denn auch in der Anlehnung an den internationalprivatrechtlichen ordre public; die nicht gegebene Verwandtschaft darf aber nicht zu einer vollständigen Ablehnung dieses Gedankens führen. Die öffentliche Ordnung lässt sich durchaus als selbständige Schranke auffassen (entsprechend den guten Sitten)[81]; nur müsste sie genauer konkretisiert und von anderen Generalklauseln abgegrenzt werden. Ein Anwendungsgebiet ergäbe sich m.E. im Bereich des Rechtsinstituts-Missbrauchs (womit die Bedeutung für das Stockwerkeigentum relevant wäre), der sich mit den überkommenen Generalklauseln nur schwer erfassen lässt[82].

III Vertragsfreiheit und ihre Schranken beim Stockwerkeigentum im besonderen

A Rechtfertigung und Problematik der Vertragsfreiheit

1. Die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist vom Gesetzgeber als Typ nicht sehr stark fixiert worden. In der dogmatischen Ausgestaltung steht sie zwischen der Einzel-Rechtsperson und einem Kollektiv mit eigener Rechtspersönlichkeit, wobei die Festlegung ihres Platzes auf dieser Stufenfolge einige Schwierigkeiten bereitet[83]. Wirtschaftlich und praktisch müssen die verschiedenen Interessen und Vorstellungen der Beteiligten ausgeglichen werden; die Gemeinschaften können dabei sehr verschiedenartig ausgeprägt sein (Geschäftszentrum, Wohnhaus, Zweimann-Gemeinschaft usw.). Das soziologisch bedingte und rechtlich zu bewältigende Hauptproblem der Vertragsgestaltung liegt deshalb darin, einen Ausgleich zu finden zwischen der notwendigen, relativ engen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses und dem Interesse des einzelnen, sein Sonderrecht frei zu gebrauchen[84].

Die Entscheidung des Gesetzgebers, den Typ nicht streng zu umreissen, hat sich als richtig erwiesen; es gelingt im grossen ganzen, die gesetzlichen Vorschriften auf die verschiedenen Gemeinschaften anzuwenden. Mangels einer Fixierung kommt den Betroffenen zugleich eine relativ grosse Freiheit bei der Ausgestaltung des internen Verhältnisses zu; die gesetzliche Ordnung ist dabei genügend flexibel, damit sie sich durch konkret sachadäquate Anordnungen den Bedürfnissen des Einzelfalles anpassen lässt[85]. WEG 10 I 2 statuiert ausdrücklich, dass die Wohnungseigentümer ihr Verhältnis untereinander abweichend vom Gesetz regeln können[86]. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt aber auch für das schweizerische Recht; im auf der Privatautonomie aufbauenden Zivilrecht muss sich der zwingende Charakter einer Norm aus ihrem Wortlaut, ihrem Sinn oder einer anderweitigen Vorschrift ergeben.

81 Würde man Lörtscher folgen, könnte der Begriff der öffentlichen Ordnung ohne Verlust in OR 19 II gestrichen werden, weil sich alle möglichen (bisherigen) Kontrollmechanismen auf die übrigen Bestandteile der betreffenden Norm abstützen liessen.

82 Dieser Hinweis muss in diesem Zusammenhang genügen; eine eingehendere Auseinandersetzung würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen.

83 Dazu Weber, SJZ 1979, 117 ff.

84 Degenhart, 22 f.

85 Friedrich, ZBGR 1973, 134; Weber, ZBGR 1979, 144 f.

86 Statt vieler: Bärmann/Pick, § 10, N 45 ff; Weitnauer/Wirths, § 10, N 14 ff.

2. Im Wechselspiel der widersprüchlichen Interessen werden aber unter Umständen Machtpositionen aufgebaut; Ergebnis ist dann nicht eine allseits gerecht werdende, optimale Ausbalancierung, sondern eine gemeinschaftsschädigende, einseitige Machtdemonstration[87]. Dieses Problem stellt sich insbesondere bei der einseitigen Begründung von Stockwerkeigentum, weil die späteren Käufer der Eigentumswohnungen jedenfalls hinsichtlich des Begründungsaktes und der Gemeinschaftsordnung nicht eigentliche Vertragspartner sind[88].

3. Damit der Typ der Stockwerkeigentümergemeinschaft dennoch eine gewisse "Form" nicht verliert und um allzu starken Machtmissbräuchen zu wehren, ist der Gesetzgeber nicht ohne zwingendes Recht ausgekommen:

- Dies gilt insbesondere für die Ausscheidung der Sonderrechte: Soweit Inhalt und Umfang des dinglichen Rechts betroffen sind, erweist sich die klare Statuierung der Rechtsstellung im Hinblick auf den Schutz Dritter als notwendig (z.B. Rechtsnachfolger, Pfandgläubiger)[89].
- Zudem hat der Gesetzgeber Mindestvorschriften im Hinblick auf ein möglichst reibungsloses Zusammenleben in der Gemeinschaft aufgestellt; angestrebt wird demgemäss eine Ordnung, die dem einzelnen zwar eine grösstmögliche Freiheit einräumt und dennoch der Gemeinschaft die notwendigen Befugnisse überlässt, damit sie die zum gemeinsamen Wohl erforderlichen Massnahmen beschliessen kann.

Die Stockwerkeigentümer sind also in der Gestaltung ihrer Beziehungen an die zwingenden Anordnungen (des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts) gebunden und dem Sinngehalt des Instituts Stockwerkeigentum verpflichtet. Das dispositive gesetzliche Recht wird im übrigen nur dann durch die abgeschlossenen Vereinbarungen verdrängt, wenn die Abweichung erkennbar gewollt ist[90].

4. Das Ausmass der missbräuchlichen Verwendung der Vertragsfreiheit hat, v.a. in Deutschland, in den letzten Jahren stark zugenommen. Nach der ersten beschränkten Revision von 1973 sollen nun weiter gehende Änderungen (und damit ausgiebiges zwingendes Recht) eingeführt werden[91]. Wollen die Beteiligten ein Einschreiten des Gesetzgebers verhindern, liegt es an ihnen, von der Vertragsfreiheit nur einen vernünftigen Gebrauch zu machen. Es wirkt kontraproduktiv, wenn sie bis aufs letzte ausgelotet wird[92]; es ist wenig sinnvoll, alles zu machen, was an sich machbar ist[93].

87 Bopp, 59.
88 Degenhart, 21.
89 Friedrich, ZBGR 1973, 134.
90 BayObLG, 21.4.1972, NJW 1972, 1376.
91 Eingehend dazu Drucksache 8/161, 1 ff.
92 In der Gemeinschaftsordnung sollten nicht, "zum Teil sogar in unbefriedigender Weise" (Friedrich, ZBGR 1973, 134), partikuläre Interessen des einzelnen zugesichert werden (z.B. Vorrang bestimmter Eigentümer, unwiderrufliche Verwalterbestellung).
93 H. Huber, 29; vgl. auch vorne § 3 I B 2 b.

B Die Schranken der Vertragsfreiheit

1. Zwingendes Recht

Aus dem schweizerischen Recht geht meist nicht klar hervor, ob gewisse Bestimmungen dispositiven oder zwingenden Charakters sind (ZGB 647d, 647e, 648 II, 649b, 712s)[94]. Insbesondere fragt es sich, inwieweit es sich allenfalls um halbzwingende Normen handelt, die – je nach dem Schutzzweck – nur in die eine Richtung wegbedungen werden können; diese Klärung wird eine der Hauptaufgaben dieser Arbeit sein.

Das deutsche Recht hat die Grenzziehung etwas genauer vornehmen müssen, weil in WEG 10 I 2 auf die ausdrücklichen Schranken der Vertragsfreiheit hingewiesen wird. Das Gesetz ist aber sehr zurückhaltend gewesen und die überwiegende Meinung geht davon aus, dass gewisse Bestimmungen auch ohne expliziten Hinweis als zwingend aufzufassen sind (WEG 24 II, 25 V, 27 IV) oder in diesem Sinne revidiert werden müssten (WEG 21 V 4)[95].

Zwingend ausgestaltet sind die sachenrechtliche Zuordnung (Sonderrecht kann nur im Rahmen der gesetzlichen Regelung ausgeschieden werden[96]) und die Unselbständigkeit des Sonderrechts (keine alleinige Verfügung darüber). Damit sollen auch Dritte geschützt werden.

Im Innenverhältnis sind etwa folgende Grundsätze als nicht wegbedingbar zu bezeichnen[97]:

- Unauflöslichkeit (ausser bei Einstimmigkeit) der Gemeinschaft (ZGB 712f; WEG 11);
- Zustimmungsverweigerung nur aus wichtigem Grund (ZGB 712c; WEG 12);
- verschiedene Mehrheiten bei den Verwaltungshandlungen, bei denen die Minderheit geschützt werden soll (ZGB 647a–e);
- Anspruch auf Ausschluss aus der Gemeinschaft (ZGB 649b; WEG 18);
- Minderheiteneinberufungsrecht (ZGB 64 III; WEG 24 II: einseitig);
- Beschlussfähigkeitsvoraussetzungen (ZGB 712p: einseitig);
- Bestellung des Verwalters an sich (WEG 20 II) sowie Voraussetzungen der Bestellung und Abberufung (WEG 26 I, II);
- Mindestbefugnisse des Verwalters (WEG 27 III; in der Schweiz umstritten);
- allgemein Bestimmungen, die nicht das Verhältnis der Stockwerkeigentümer untereinander betreffen, sondern Aussenwirkungen haben.

94 Vgl. Friedrich, ZBGR 1973, 134, Anm. 13.

95 Auf diese Bestimmungen wird hinten im einzelnen eingegangen (§ 22 I A 2; § 21 I C 2; § 28 IV B 2; § 28 IV B 4 b).

96 Zur Begründung im einzelnen: § 7 II 3.

97 Vgl. auch Bärmann/Pick, vor § 10, N 13 f; Weitnauer/Wirths, § 10, N 10; Röll, Teilungserklärung, 24 f; Ertl, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Wohnungs- und Teileigentum, E 80. Auf die einzelnen Bestimmungen wird im Gesamtzusammenhang hinten jeweils eingetreten.

2. Sittenwidrigkeit

Die Durchsetzung ethisch-moralischer und sozialer Wertvorstellungen dürfte im Bereiche der Stockwerkeigentümergemeinschaft nur eine beschränkte Anwendungsmöglichkeit haben, weil die Sittenwidrigkeit vornehmlich auf zweiseitige Verträge ausgerichtet ist. Beispiele für eine allfällige Heranziehung von OR 20/BGB 138 sind:

- Einräumung ungerechtfertigter Sondervorteile (bei der Nutzungsregelung oder der Kostentragungspflicht);
- unsittliche Verfolgung eigener, gemeinschaftswidriger Interessen.

3. Gleichbehandlung

Das Gebot der Gleichbehandlung verbietet sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen: Die Folgen angeordneter Massnahmen müssen sich also für alle Gemeinschafter gleich auswirken, ausser wenn sich die Ungleichbehandlung wegen der Verschiedenheit der Ausgangslage aufdrängt. Das Gleichbehandlungsprinzip spielt v.a. im Bereich der Nutzungsordnung (gleiche Massstäbe bei der Umschreibung der Benutzungsmöglichkeiten der Sonderrechts-Teile und ausgeglichene Gebrauchschancen bei den gemeinschaftlichen Teilen) sowie bei der Kostenverteilung (Beitragspflicht gemäss der Wertquote oder des tatsächlichen Gebrauchs, je nach der konkreten Frage)[98].

4. Institutsmissbrauch

Die internen Regelungen dürfen nicht der gesetzgeberischen Zweckbestimmung des Instituts "Stockwerkeigentum" zuwiderlaufen, indem z.B. die Rechtsstellung eines einzelnen faktisch ausgehöhlt wird. Insbesondere ist darauf zu achten, dass der Wohnungseigentümer in Deutschland echtes Alleineigentum eingeräumt erhalten und der Stockwerkeigentümer in der Schweiz eine alleineigentümerähnliche Stellung innehaben soll. Im Bereich der Sonderrechts-Macht sind deshalb z.B. allzu starke Nutzungsbeschränkungen und übermässige Verwalterrechte mit dem Wesen des Stockwerkeigentums nicht vereinbar[99]; ebenso wäre eine Umschreibung der aus der Eigentümerstellung fliessenden Mitwirkungsrechte (Stimmrecht) in einer solchen Art, dass einer Minderheit effektiv überhaupt keine Einflussrechte zustehen (z.B. verfügt ein Stockwerkeigentümer in allen Fragen über die alleinige Mehrheitsmacht), unzulässig[100].

98 Vgl. den eingehenden Beispiel-Katalog bei Weber, ZBGR 1979, 165 f.
99 Eingehender dazu Weber, ZBGR 1979, 159 ff.
100 Vgl. auch hinten § 21 I D 5.

5. Treu und Glauben

Das Prinzip von Treu und Glauben als Grundverhaltensnorm gliedert sich im schweizerischen Recht in zwei funktionell verschiedene Absätze: Die Verhaltenspflichten der Vertragspartner ergeben sich aus Abs. 1, den der Richter bei der Auslegung der vertraglichen Bestimmungen und Rechtssätze zu berücksichtigen hat (interpretative Funktion). Abs. 2 gibt ihm darüber hinaus ein Normberichtigungsrecht, wobei jedoch ein offenbarer Rechtsmissbrauch vorliegen muss: Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die Mehrheit bei der Kostenverteilung ein Abgehen von den Wertquoten auf die Personenzahl beschliesst, obwohl dies geradezu sachwidrig ist und eine Minderheit übermässig trifft. Die Problematik dieser Auffassung besteht aber darin, dass sich nur mittelschwere Unbilligkeiten kaum erfassen lassen, weil erhebliche Anforderungen an den Rechtsmissbrauch gestellt werden. Überdies kann der Richter eine unhaltbare Bestimmung nur aufheben, nicht abändern. Die zur Begründung dafür überwiegend herangezogene Privatautonomie wird jedoch von der schweizerischen Lehre meist sehr formell verstanden (deshalb auch die Ablehnung der Inhaltskontrolle), nicht im Sinne der effektiven Chance, die formelle Freiheit durch Verwendung des rechtlichen Instrumentariums auch wirklich zu "gebrauchen". Bei einer entsprechenden materiellen Auslegung erscheint es deshalb m.E. nicht als abwegig, in einem beschränkten Rahmen dem Richter auch ein Gestaltungsrecht einzuräumen und die Voraussetzungen der Annahme eines Rechtsmissbrauches bei einem typischen Machtungleichgewicht zu erleichtern. Die Anwendung von ZGB 2 müsste dann z.B. nicht nur bei offensichtlich falschen Bewertungsmassstäben im Rahmen der Kostenverteilung möglich sein, sondern auch dann, wenn gewisse Bestimmungen des Reglementes erheblich von einer vernünftigen Ordnung abweichen, so dass ein Festhalten daran dem benachteiligten Stockwerkeigentümer nicht zumutbar ist und ihm unbillige Härten und übermässige Beschränkungen bringt[101].

Bei BGB 242 handelt es sich um eine einheitliche Norm, die ein richterliches Eingriffsrecht für den Fall treuwidrigen Verhaltens allgemein anerkennt. Überdies steht dem Richter nach überwiegender Lehre nicht nur ein Aufhebungsrecht, sondern ein eigentlicher Normberichtigungs- und Anpassungsanspruch zu[102].

IV Nachbemerkung: Die Überprüfungskognition des Grundbuchführers

1. Die Schranken der Vertragsfreiheit ergeben sich im Einzelfall meist nur durch die richterliche Kontrolle. Dieses repressive Verfahren hat den Nachteil, dass häufig die schwächere Vertragspartei vorgehen muss und damit das Prozessrisiko und die vorerst anfallenden Kosten (z.B. Kaution) zu tragen hat. Solche Nachteile könnte eine präventive Kontrolle vermeiden: Will man nicht von vorneherein ein gesetz-

101 Eingehend zur Begründung und Anwendung eines erweitert aufgefassten Treu und Glauben-Grundsatzes im Bereich der Stockwerkeigentümergemeinschaft mein Beitrag in ZBGR 1979, 166 ff, 170 ff.

102 Vgl. Soergel/Siebert/Knopp, § 242, N 368.

liches (zwingendes) Musterreglement aufstellen oder die Genehmigung der Gemeinschaftsordnung durch eine Behörde vorbehalten, so ist v.a. der Grundbuchführer in der Lage, bei einer entsprechenden Überprüfungskognition der unangemessenen Ausnützung der Vertragsfreiheit Einhalt zu gebieten. Wie weit gehen nun seine diesbezüglichen Rechte und Pflichten?

2. Das schweizerische Recht auferlegt dem Grundbuchführer die Aufgabe, den Rechtsgrundausweis daraufhin zu überprüfen, ob die für die Gültigkeit erforderliche Form erfüllt ist (ZGB 965 III). Dies ist – ausser bei erbrechtlichen Rechtsgeschäften – die öffentliche Beurkundung (ZGB 712d III). Anlässlich dieser hat der Notar zu prüfen, ob die sachlichen Voraussetzungen für die Begründung von Stockwerkeigentum gegeben sind, insbesondere eine klare und eindeutige Aufteilung der sachenrechtlichen Zuordnung (Aufteilungsplan) und die Abgeschlossenheit der Räume[103]. Die einhellige Meinung in der Lehre geht dabei davon aus, dass der Notar die Beurkundung nur dann zu verweigern hat, wenn ein offensichtlicher Verstoss gegen zwingendes Recht vorliegt[104]; entsprechend wird auch beim Grundbuchbeamten[105] und beim Handelsregisterführer[106] bei der Umschreibung der Überprüfungskognition grosse Zurückhaltung geübt, weil diese Organe für die Ausübung von Kontrollfunktionen nicht geeignet seien. Immerhin stellt eine grobe Sittenwidrigkeit oder ein erheblicher Verstoss gegen die öffentliche Ordnung ebenfalls eine offensichtliche Widerrechtlichkeit dar (z.B. eine völlig unangemessene Verteilung der Wertquoten), weshalb eine Verweigerung der Beurkundung nicht als ausgeschlossen erscheint.

Eine noch grössere Zurückhaltung ist gegenüber dem Reglement geboten; dieses ist nämlich nicht Voraussetzung des Zustandekommens von Stockwerkeigentum und damit auch nicht Teil des gültigen Rechtsgrundausweises. Das Reglement braucht bei der Begründung überhaupt noch nicht vorzuliegen; die entsprechenden Beschlüsse können später gefasst werden. Friedrich[107] geht denn auch davon aus, dass eine diesbezügliche Pflicht des Grundbuchführers nicht besteht (weder ein Muss noch ein Soll); weil die Anmerkung des Reglementes nur ein Hinweismittel für Dritte ist, die an der materiellen Rechtslage nichts ändert, sei es nicht dessen Sache, den Inhalt auf die Übereinstimmung mit dem zwingenden gesetzlichen Recht zu überprüfen.

Dennoch muss dem Grundbuchführer die Berechtigung zuerkannt werden, die Anmerkung eines Reglementes, das mit zwingendem gesetzlichen Recht in Widerspruch steht (z.B. gewöhnlicher Mehrheitsbeschluss für die Anordnung luxuriöser

103 Ergibt sich die Abgeschlossenheit nicht aus dem Begründungsakt oder dem Aufteilungsplan, ist der Grundbuchverwalter berechtigt, eine amtliche Bestätigung gemäss kantonaler Vorschrift zu verlangen (GBV 33b II).

104 Friedrich, ZBGR 1964, 359 und ZBGR 1973, 136; Santschi, 7; Louis Carlen, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, 116; W. Wild, Kantonale Beurkundung und Grundbuchführung, ZBGR 1951, 308 (und dort in Anm. 14 zitierte ältere Literatur); vgl. auch Siegwart, Art. 637, N 7.

105 Fritz Ostertag, Berner Kommentar zum ZGB, Bd. IV/3, 1917, Art. 965, N 19; Arthur Homberger, Zürcher Kommentar, Bd. IV/3, 1938, Art. 965, N 35 f.

106 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 7, N 30 (und dort zitierte Rechtsprechung); Werner Scherrer, Die Cognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, Wirtschaft und Recht 1963, 56 ff; Eduard His, Berner Kommentar zum ZGB, Bd. VII/4, 1940, Art. 940, N 15 ff.

107 Friedrich, ZBGR 1964, 360.

Massnahmen, Verfügung über die ganze Sache mit der Mehrheit), zurückzuweisen[108]; die Verweigerung ist aber auf Fälle beschränkt, bei denen die private Regelung in offensichtlichem Widerspruch zum materiellen Recht steht[109,110].

3. Ähnlich hat sich die herrschende Lehre in Deutschland vor Erlass des AGBG ausgesprochen: Trotz der erheblichen Bedeutung von Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung[111] ist Zurückhaltung geübt worden[112]:

- Das Grundbuchamt habe nur zu prüfen, ob eine Bestimmung absolut nichtig sei, z.B. wegen eines Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot (BGB 134) oder gegen die guten Sitten (BGB 138), wobei eine offensichtliche Sittenwidrigkeit vorliegen müsse, weil es sich um einen schwach konturierten Begriff handle.
- Das Grundbuchamt habe nicht zu prüfen, ob einzelne Bestimmungen seiner Ansicht nach unangemessen seien (BGB 242, 315); die Beseitigung solcher Unzuträglichkeiten habe den Wohnungseigentümern (und dem richterlichen Verfahren) vorbehalten zu bleiben. Ebenso habe das Grundbuchamt nicht danach zu forschen, ob gewisse Klauseln den Wesensgehalt des Eigentums verletzen könnten[113].

Führt nun die Inkraftsetzung des AGBG zu einer Änderung dieser Praxis? Die gesetzlichen Voraussetzungen für AGB sind:

- vertragliche Bestimmungen: Materiell betrachtet handelt es sich auch bei einer einseitig aufgestellten Gemeinschaftsordnung um einen Vertrag[114], weil die Rechtsgestaltung als solche nicht einseitig ist (wie z.B. bei der Kündigung), sondern die Wohnungseigentümer sie stillschweigend gegen sich gelten lassen. Ebenso spielt es keine Rolle, ob die Bestimmungen dem Schuld- oder dem Sachenrecht entstammen.
- Vorformulierung des Vertragsinhaltes.
- Bestimmungen für eine Vielzahl abzuschliessender Rechtsvorgänge.

108 Friedrich, § 2, N 13 und ZBGR 1964, 360 f.

109 Es können entsprechende Kriterien wie bei der Anmerkung von Zugehör herangezogen werden.

110 Zweifelhafte Bestimmungen, die eine unangemessene Beschränkung der Stellung einzelner Stockwerkeigentümer mit sich bringen, lassen sich aber im Normalfall dadurch kaum erfassen.

111 Diese Bedeutung betont auch Diester (Rechtspfleger 1965, 200), ohne aber Folgerungen für die Ausgestaltung des Überprüfungsverfahrens zu ziehen: "Die Vielseitigkeit des Katalogs, die rechtliche Verschiedenheit und die Art dieser zahlreichen zur Eintragung in den Wohnungsgrundbüchern vorgesehenen Bestimmungen mit ihren Rechten, Verpflichtungen und Eigentumsbeschränkungen zeigen, dass hier auf dem Gebiet der eintragungsfähigen Rechte vom Gesetzgeber etwas Neues geschaffen und in das System der Geschlossenheit der dinglichen Rechte eine kräftige Bresche geschlagen worden ist."

112 Vgl. Diester, Rechtspfleger 1965, 202, 207; Weitnauer/Wirths, § 7, N 10b und 10c, § 8, N 4a und § 10, N 14g; OLG Düsseldorf, 3.1.1973, DNotZ 1973, 552 f (und dort zitierte Literatur).

113 Vgl. dazu v.a. das OLG Düsseldorf, 3.1.1973, DNotZ 1973, 552 f; immerhin dürfte m.E. eine offensichtliche Eigentumsbeeinträchtigung nicht zugelassen werden.

114 In diesem Sinne eingehend Eickmann, Rechtspfleger 1978, 2 sowie Dieter Eickmann, Grundbuchverfahrensrecht, Bielefeld 1978, 210 f (je mit weiteren Nachweisen); a.A. Ertl, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Wohnungs- und Teileigentum, E 87 sowie Ludwig Röll, Das AGB-Gesetz und die Aufteilung zu Wohnungseigentum, DNotZ 1978, 721 f.

- Einseitigkeit der Einführung in das Rechtsverhältnis: Darunter fällt m.E. auch das vom Notar zuhanden einer Vertragspartei vorformulierte Vertragsmuster[115].
- Fehlen einer Individualabrede: Das Mitwirken eines Notars begründet noch keine Vermutung für das Vorliegen einer Individualabrede[116].

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, erstreckt sich der Anwendungsbereich des AGBG auch auf die Teilungserklärungen und Gemeinschaftsordnungen des Wohnungseigentums. In Frage kommt dabei v.a. die Anwendbarkeit der Generalklausel von AGBG 9.

Dieser Entscheid ist jedoch – was in der Literatur vielfach unterlassen wird – scharf von der Frage zu trennen, inwieweit der Grundbuchbeamte (und nicht nur der Richter) zur Inhaltskontrolle verpflichtet ist. Weil das AGBG von Amtes wegen anzuwenden ist, bejaht die Mehrheit der Lehre die Überprüfung der Gemeinschaftsregelungen durch den Grundbuchbeamten[117]; gegen diese Auslegung hat sich aber v.a. bei den betroffenen Notaren selber Opposition erhoben, weil das Eintragungsverfahren für eine solche Kontrolle gänzlich ungeeignet sei (die GBO ist auch nicht abgeändert worden)[118]. An diesem Einwand ist richtig, dass im Grundbuchverfahren letztlich der formale Status gegenüber der materiellen Richtigkeit einen höheren Stellenwert einnimmt (die Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe wie Treu und Glauben, Sittenwidrigkeit wird möglichst vermieden); anderseits kann, trotz des formellen Prüfungsrechts, eine wegen Verstosses gegen das AGBG unwirksame Bestimmung nicht Eintragungsgrundlage sein. Es scheint also, dass sich der Gesetzgeber dieses Problems zu wenig bewusst gewesen ist; endgültige Klarheit wird deshalb erst ein Entscheid der höchstrichterlichen Rechtsprechung bringen.

Wo die Voraussetzungen des AGBG nicht erfüllt sind, wird es weiterhin bei der anfangs erwähnten, relativ beschränkten Kontrolle (Verstoss gegen zwingendes Recht, Sittenwidrigkeit) bleiben.

4. Es kann sich noch fragen, ob die Belehrungspflicht des Notars[119] allenfalls einen gewissen "Kontrolleffekt" hat. Das schweizerische Recht geht davon aus, dass sich die Rechtsberatung und -belehrung darauf zu beschränken haben, die Parteien über die rechtliche Tragweite eines Rechtsgeschäftes (bzw. über eine Bestimmung davon) aufzuklären, nicht aber über die wirtschaftliche Zweckmässigkeit[120]; demgegenüber ist nach dem deutschen Recht eine allgemeine Betreuung der Beteiligten durch den Notar auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege gegeben (inklusive

115 So auch Palandt/Heinrichs, AGBG § 1, N 2c; Peter Schlosser/Dagmar Coester-Waltjen/Hans-Ulrich Graba, AGBG, Kommentar, Bielefeld 1977, § 1, N 26; Eickmann, Rechtspfleger 1978, 3; a.A. Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, N 16.

116 Eickmann, Rechtspfleger 1978, 3; a.A. Schippel/Brambring, 159.

117 Schlosser/Coester-Waltjen/Graba (Anm. 115), Vorbem. zu §§ 9–11, N 17; Walter Löwe/Friedrich Graf von Westphalen/Reinhold Trinkner, AGBG, Kommentar, Heidelberg 1977, Vorbem. zu §§ 8–11, N 53; Palandt/Heinrichs, AGBG §§ 8–11, N 3; Eickmann, Rechtspfleger 1978, 6 und Eickmann (Anm. 114), 21[1].

118 So Schippel/Brambring, 156, Anm. 44; Ertl, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Wohnungs- und Teileigentum, E 87; eingehend mit sehr bedenkenswerten Erwägungen Friedrich Schmidt, Inhaltskontrolle und Grundbuchverfahrensrecht, MittBayNotV 1978, 89 ff; vor Erlass des AGBG auch LG Würzburg, 7.8.1974, JZ 1975, 287 f mit zustimmender Anmerkung von Robert Scheyhing.

119 Im einzelnen Santschi, 1 ff und Haug, 388 ff.

120 Santschi, 9.

die wirtschaftlichen Auswirkungen)[121]. Zwar beziehen sich die Rechtsberatung und -belehrung auch auf die Akzidentalien der notariellen Funktion (Statuten[122], Gemeinschaftsordnung), doch ändert dies nichts daran, dass solche Tätigkeiten keinen Zwang mit sich bringen; solche Möglichkeiten wären mit der unparteiischen Stellung des Notars überdies kaum zu vereinbaren[123].

Die Beratung – und allfällige Abmahnung einer Bestimmung – wird also häufig zu einem völlig unwirksamen Mittel, wenn nur eine Partei vorhanden ist; dies trifft aber für die Begründung von Stockwerkeigentum überwiegend zu. Eine kleine Wirkung liesse sich aber dennoch erreichen: Wenn der Notar seine Bedenken gegen einzelne Bestimmungen auf der Urkunde anmerkt[124], dürfte wohl – faktisch – die Stellung der anfechtenden (schwächeren) Vertragspartei vor dem Richter gestärkt werden.

121 BGH, 29.10.1953, DNotZ 1954, 329 f und seitherige ständige Rechtsprechung.

122 Hinsichtlich der AG führt Santschi (11, 15, 16) aus, im Mittelpunkt des Gründungsverfahrens stehe die Aufgabe des Notars, die Statuten so auszugestalten, dass sie keine rechtlichen Mängel aufweisen und einer gedeihlichen Entwicklung nicht zuwiderlaufen. Entsprechendes müsste an sich auch für das Stockwerkeigentum gelten.

123 Dazu Haug, 418.

124 Santschi, 7.

2. TEIL

Die Ausscheidung von gemeinschaftlichen Teilen und Sonderrechten (Die sachenrechtliche Komponente)

§ 5 Zur beschränkten Gestaltungsfreiheit

1. Die Stockwerkeigentümer bilden ein Gemeinschaftsverhältnis. Das Mit- und Nebeneinander wird aber nur dann auf die Dauer funktionieren, wenn die Interessensphären der Betroffenen gegeneinander abgegrenzt sind. Im Gegensatz etwa zu den Handelsgesellschaften hat dies beim Stockwerkeigentum in zweifacher Weise zu geschehen:

- Eine Zuweisung von Rechten an den einzelnen ist hinsichtlich des realen Objektes (Gebäude) nötig (sachenrechtliche Komponente).
- Die Rechte und Pflichten der Stockwerkeigentümer untereinander im Rahmen des Gemeinschaftsverhältnisses sind zu regeln (schuldrechtliche Komponente).

Unter logischen Gesichtspunkten betrachtet hat die sachenrechtliche Zuordnung gegenüber der schuldrechtlichen den Vorrang: Nur wenn klar ist, wer an welchen Teilen Sonderrechte hat und insbesondere wie weit sich der Bereich der gemeinschaftlichen Teile erstreckt, lassen sich die Rechte und Pflichten der Gemeinschafter sinnvoll bestimmen, weil je nach dem Grad der Gemeinschaftsintensität der Zuordnungsverhältnisse unterschiedliche Aufgabenverteilungen geboten sind[1]. Der Aufbau des WEG entspricht dieser logischen Vorstellung: WEG 1–9 befassen sich neben der Begriffsbestimmung mit der Begründung von Wohnungseigentum und dabei insbesondere mit der Ausscheidung von Sondereigentum (WEG 3, 5) und der Abänderung der Aufteilung (WEG 6); im Anschluss daran kommt das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander zur Sprache (WEG 10–29). Demgegenüber ist das schweizerische Recht weniger systematisch: Die Ausscheidung der Zuordnung erfolgt in ZGB 712b, die Abänderung in ZGB 712e II und das interne Verhältnis in ZGB 712a, 712g–t.

2. Weil die gesetzliche Regelung sowohl für kleine als auch für sehr grosse Stockwerkeigentümergemeinschaften taugen muss, wird den Beteiligten – innerhalb des sachenrechtlichen Typus – eine gewisse Freiheit für die konkrete Ausgestaltung ihrer Ordnung eingeräumt[2]. Dieser vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte Gestaltungsraum darf jedoch nicht mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit verwechselt werden, die von WEG 10 I 2 eingangs des 2. Abschnitts ausdrücklich erwähnt wird und die für die inhaltliche Konkretisierung der Rechtsstellung der Beteiligten auf Grund von OR 19 gilt: Die Vertragsfreiheit nimmt nämlich Bezug auf die schuldrechtliche Komponente und nicht auf die dingliche Wirkung der Abgrenzung zwischen den sonderrechtsfähigen und gemeinschaftlichen Gebäudeteilen, weil die sachenrechtliche Eigentumszuordnung vom Grundsatz der Typengebundenheit beherrscht wird

1 Vgl. auch Bopp, 11.
2 Vgl. auch Friedrich, ZBGR 1973, 134.

und nur innerhalb des Typus, sofern er nicht gesetzlich völlig fixiert ist, eine gewisse Gestaltungsfreiheit besteht[3]. Weil somit im Bereich der Eigentumszuordnung WEG 10 I 2 und OR 19 nicht gelten, ist nicht nur dort zwingendes Recht gegeben, wo dies ausdrücklich vorgesehen ist, sondern schon dann, wenn es sich um ein Strukturelement des betreffenden Typus handelt.

Die Notwendigkeit von zwingendem Recht ergibt sich im Hinblick auf den Dritten: Er hat ein Interesse an einer einigermassen festen Umschreibung und Bestimmung von Inhalt und Umfang des dinglichen Rechts, weil er selber vielleicht daran Rechte hat bzw. erwerben will. Bedeutungsvoller ist das zwingende Recht aber noch insoweit, als es günstige Voraussetzungen für das reibungslose Zusammenleben in der Gemeinschaft schaffen kann. Auch im schweizerischen Recht, in dem es nicht eigentlich um eine Eigentumsabgrenzung geht, sondern "nur" um die Frage der Sonderrechte[4], hat die sachenrechtliche Zuordnung erhebliche Auswirkungen (materiell z.B. hinsichtlich der Verteilung der Kosten[5], ideell im Hinblick auf die Vermeidung von Streitigkeiten).

Bei der Ausscheidung der Nutzungs- und Verwaltungsbefugnisse (bzw. in Deutschland der Eigentümerbefugnisse) besteht eine gewisse Antinomie darin, dass einerseits nach der rechtspolitischen Idee des Stockwerkeigentums der einzelne eine möglichst umfassende und selbständige rechtliche Herrschaft über die Einheit haben soll, anderseits aber Konfliktmöglichkeiten um so zahlreicher und Reibungsflächen um so breiter sind, je grösser die Freiheit ist, die das Gesetz dem Stockwerkeigentümer bei der Ausübung des Sonderrechts einräumt[6]. Der Gesetzgeber kann dabei in der Interessenabwägung eine allgemeine Richtlinie setzen oder konkrete Konflikttatbestände regeln.

Im Rahmen der Einzelfragen ist sowohl im schweizerischen wie im deutschen Recht vorgesehen, dass gewisse Bauteile zwingend nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden dürfen[7]; soweit es an einer ausdrücklichen Regelung fehlt, ist eine Lückenfüllung vorzunehmen[8].

Gibt es daneben eine allgemeine Richtlinie im Sinne eines interpretativen Vorranges der gemeinschaftlichen Interessen? Die Frage ist m.E. zu bejahen, auch wenn die Antwort im schweizerischen Recht nicht eindeutig ausfällt. WEG 1 V sieht nämlich ausdrücklich vor, dass, falls es an einer ausdrücklichen Ausscheidung zu Sondereigentum fehlt, gemeinschaftliches Eigentum vorliegt; dies bedeutet zwar nicht, dass in Zweifelsfragen unbesehen immer das gemeinschaftliche Eigentum im Vordergrund stehen soll, aber ist doch eine Vermutung dafür, dass der Blick vorerst einmal

3 Vgl. die eingehende Auseinandersetzung mit der Literatur und die Stellungnahme dazu hinten § 7 II 3.

4 Gegenüber der Relativierung der Abgrenzung in BBl 1962 II 1489, 1513 und StenBull NR 1963, 188 ist Zurückhaltung geboten.

5 Diese Bedeutung, die vom Gesetz dispositiv vorgesehen wird (ZGB 712h I; WEG 16 I), darf nicht unterschätzt werden, auch wenn die Möglichkeit besteht, worauf Weitnauer (DNotZ 1977, SH 39) besonders hinweist, die Kostenverteilung unabhängig von der sachenrechtlichen Zuordnung vorzunehmen.

6 BBl 1962 II 1490.

7 Eingehend hinten § 7 III.

8 Z.B. bei der Frage, ob die elementaren Gebäudeteile von Einfamilienhäusern, die auf einer zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft stehen, zu Sonderrecht ausgeschieden werden können (hinten § 7 III B 3).

darauf zu richten ist, weil ein gesicherter Gemeinschaftsbereich die beste Gewähr für die ungestörte Ausübung des Sondereigentums im Freiraum bietet. Demgegenüber hat sich das schweizerische Recht für die Vermutung des Sonderrechts ausgesprochen (ZGB 712b III); trotz dieser – wie zu zeigen sein wird[9], problematischen – gesetzgeberischen Entscheidung wird in den Materialien und in der Literatur davon ausgegangen, dass den Gemeinschaftsinteressen der Vorrang einzuräumen ist: Es sei besser, dafür zu sorgen, dass der Stockwerkeigentümer um den Preis der Einordnung in die Miteigentümergemeinschaft ein dadurch beschränktes Recht erhalte, das er in Ruhe und Frieden ausüben könne, als dass er sein Sonderrecht ohne Rücksicht auf die anderen ausübe, damit Streitigkeiten provoziere und gegen gemeinschaftliche Interessen verstosse[10]. Die Entscheidung für das Gemeinschaftliche in einer Interessenabwägung widerspricht zwar juristisch – dies sei betont – der Sonderrechtsvermutung von ZGB 712b III nicht, weil sich trotz der gemeinschaftsfreundlichen "Auslegungsrichtung" vorweg nicht benannte Gebäudeteile zu Sonderrecht ausscheiden lassen; materiell mutet es aber dennoch merkwürdig an, wenn zwar die Bedeutung des Gemeinschaftsbereichs betont wird, ohne dass gleichzeitig die Vermutung für die gemeinschaftlichen Teile Eingang im Gesetz findet.

3. ZGB 712b und WEG 5 versuchen, eine möglichst funktionelle Abgrenzung der gemeinschaftlichen von den sonderrechtlichen Gebäudeteilen vorzunehmen[11]. Das Bestreben, die Bereiche interessengerecht abzugrenzen, führt dabei zum Gesichtspunkt der Zweckmässigkeit[12].

Die Unterscheidungskriterien lassen sich deshalb nicht nur formal-dogmatisch beurteilen, sondern erforderlich ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Dies ist um so mehr angezeigt, als das WEG ohnehin das Akzessionsprinzip durchbrochen und das ZGB ein im bisherigen Recht unbekanntes "Sonderrecht" geschaffen hat, um das Stockwerkeigentum zu ermöglichen. Der wirtschaftliche Sinn der gemeinschaftlichen Teile liegt vornehmlich darin, die Zusammenfassung mehrerer Sachen zu erhalten und zu schützen, soweit eine Aufteilung in Bestandteile eine erhebliche Beeinträchtigung oder Vernichtung bewirken würde, soweit also das Verbot der verschiedenen sachenrechtlichen Zuordnung der Gebäudeteile eine wirtschaftswidrige Trennung zu verhindern vermag[13].

4. Nötig sind eine einwandfreie Abgrenzung von Sonderrechten und gemeinschaftlichen Teilen anhand eines exakt aufgestellten und verlässlichen Aufteilungsplanes und die Einräumung von Sonderrechten nur an solchen Bauteilen der Wohnanlage, die kraft Gesetzes sonderrechtsfähig sind[14]. Der Aufteilungsplan dient dazu, die räumliche Lage, Abgrenzung und Zusammensetzung der Stockwerkeinheit klar und bestimmt festzulegen; er besteht normalerweise aus mehreren Grundrissen (einem pro Stockwerk) und allenfalls aus Aufrissen, damit die räumliche Lage der

9 Hinten § 8 VI.
10 BBl 1962 II 1489, 1490; StenBull NR 1963, 188; K. Müller, 17; ähnlich auch Liver, Marxer, 151.
11 Man wird aber kaum sagen können, die Abgrenzung biete normalerweise keine Schwierigkeiten (so jedoch Friedrich, ZBGR 1973, 139).
12 Wolff/Raiser, 357, Anm. 8.
13 Vgl. Bopp, 27.
14 Diester, NJW 1970, 1109.

Stockwerkeinheit eindeutiger bestimmbar ist[15]. Im Gegensatz zum deutschen Recht[16] sieht jedoch das ZGB die Aufstellung eines Aufteilungsplanes – mit Ausnahme der Begründung von Stockwerkeigentum an noch nicht erstellten Gebäuden – nicht zwingend vor, obwohl ein solcher auf Grund der Architektenpläne leicht zu skizzieren wäre; GBV 33b II ermöglicht es aber dem Grundbuchverwalter, einen Aufteilungsplan von den Stockwerkeigentümern anzufordern; es steht also in seinem pflichtgemässen Ermessen, zu entscheiden, ob dieser als Voraussetzung der Eintragung nötig ist. In der Praxis wird denn auch überwiegend ein Aufteilungsplan schon ohne spezielle Aufforderung eingereicht.

Der Inhalt der Stockwerkeigentumsanteile ergibt sich, anders als bei den Liegenschaften und den örtlich zu umschreibenden Dienstbarkeiten, nicht aus dem Grundbuch direkt. Der Aufteilungsplan wird im schweizerischen Recht als Beleg (ZGB 942 II) eingeordnet und in der Kolonne "Beschreibung des Grundstücks" aufgeführt[17]; er kann deshalb nicht dem Grundbuchplan gleichgestellt werden (vgl. ZGB 950). Daraus hat Friedrich in einem Teil seiner Schriften geschlossen, der Aufteilungsplan nehme nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil[18]. Damit ist aber der Erwerber einer Stockwerkeinheit völlig schutzlos, weil er sich nicht auf den Plan verlassen kann. Dazwischen hat jedoch Friedrich einmal ausgeführt, der Stockwerkeigentümer könne sich zwar nicht darauf verlassen, dass das betreffende Gebäude schon oder noch bestehe, doch trete die Wirkung des öffentlichen Glaubens unter dem Vorbehalt des Vorhandenseins der Räume ein[19]; als Beispiel führt Friedrich an, ein Stockwerkeigentümer könne sich insoweit auf die Rechtswirkungen des Aufteilungsplanes verlassen, als ein darin als gemeinschaftlich bezeichneter Raum nicht im Sonderrecht eines einzelnen stehe.

Mit seiner zweiten, wenn auch unterdessen wieder aufgegebenen Ansicht ist Friedrich m.E. auf dem richtigen Weg: Der Aufteilungsplan als Beleg teilt die Rechtswirkungen des Grundbuchs, soweit er jedenfalls dem gutgläubigen Erwerber einer Stockwerkeinheit Rechte und nicht Tatsachen (dazu gehört die Frage, ob das Gebäude schon oder noch besteht) verschaffen will. Die dem Grundbuch zugedachte Publizitätswirkung würde im Bereiche des Stockwerkeigentums praktisch aufgegeben, wenn dem Aufteilungsplan – auf die möglichen Rechte bezogen – nicht rechtliche Wirkung (positive und negative Rechtskraft) zukäme.

Auch in Deutschland ist nicht vollständig geklärt, ob und allenfalls wie weit dem Aufteilungsplan ein öffentlicher Glaube zukommt; die Mehrheit der Lehre scheint aber doch – zu Recht – zur rechtlichen Wirksamkeit des Aufteilungsplanes zu nei-

15 Der schweizerische Bundesgesetzgeber hat es den Kantonen überlassen, allenfalls (nicht notwendigerweise) Vorschriften über die technischen Anforderungen an den Aufteilungsplan (Massstab, Grösse, Bezeichnung der Stockwerke) zu erlassen.

16 Das deutsche Recht sieht die Einreichung eines Aufteilungsplanes zwingend vor: WEG 7 IV 1 (vgl. Bärmann/Pick, § 7, N 63 ff; Weitnauer/Wirths, § 7, N 7). Auch die näheren Anforderungen sind geregelt: Ziff. 2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäss § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 des Wohnungseigentumsgesetzes vom 19.3.1974 (zitiert bei Weitnauer/Wirths, 335).

17 Vgl. Musterformular, BBl 1964 II 1301, 1303; Friedrich, SJK 1302, 10.

18 Friedrich, ZBGR 1964, 340; Friedrich, § 2, N 16; Friedrich, ZBGR 1973, 151; gleicher Meinung auch Besson, 351, F. Schmid, 171 und Obergericht Zürich, 20.11.1972, ZR 1973, Nr. 44.

19 Friedrich, SJK 1302, 10 f.

gen[20], weil sonst dessen Bedeutung herabgemindert und zu einer lästigen Formsache degradiert würde.

Das zwingende (WEG 7) oder jedenfalls zu erwartende (GBV 33b II) Erfordernis des Aufteilungsplanes sollte auch dazu beitragen, dass die bauliche Konzeption des Gebäudes auf die besonderen Anforderungen der Stockwerkeigentümergemeinschaft ausgerichtet wird. So ist darauf zu achten, dass die bauliche Abgrenzung der gemeinschaftlichen Teile vom Sonderrecht zwar klar, aber doch flexibel ist, um den nötigen Spielraum für individuelle Ausgestaltungswünsche offenzuhalten. Auch sind gemeinschaftliche Einrichtungen in ausreichendem Ausmasse anzulegen und es sollten Trennwände zwischen zwei Stockwerkeinheiten nicht tragende Wände sein, damit spätere bauliche Veränderungen möglich bleiben[21].

§ 6 Der Begriff "Stockwerk"

1. Nach dem schweizerischen Gesetzeswortlaut sind einzelne Stockwerke und Teile davon, soweit sie als Wohnungen oder Einheit von Räumen zu geschäftlichen oder anderen Zwecken ausgestaltet werden können, sonderrechtsfähig (ZGB 712b I).

Demgegenüber unterteilt das WEG zwischen Wohn- und Gewerbezwecken: An Wohnungen kann das Wohnungseigentum, an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes das Teileigentum begründet werden (WEG 1 I). Sowohl der Begriff "Wohnung" wie der Begriff "Raum" werden jedoch nirgends weiter definiert, nur generell umschrieben (WEG 1 II und III sowie in der "Allgemeinen Verwaltungsvorschrift"). Für die konkrete Unterscheidung zwischen Wohnungseigentum und Teileigentum kommt es allein auf die bauliche Ausgestaltung der Räume und der hieraus sich ergebenden Zweckbestimmung, nicht auf die jeweilige Art ihrer Benutzung an[1]; wird z.B. in einer Wohnung eine Arztpraxis geführt, handelt es sich dennoch um Wohnungseigentum. Wohnungseigentum und Teileigentum werden, was ausdrücklich festgehalten ist (WEG 1 VI), rechtlich gleich behandelt. Die Unterscheidung führt lediglich dazu, dass gewisse "Raumeinheiten" weder die Anforderungen der einen noch der andern Gruppe (vgl. WEG 1 II und III) erfüllen und an ihnen deshalb kein Sondereigentum begründet werden kann[2].

20 So insbesondere Bärmann/Pick, § 7, N 67; vgl. auch Weitnauer/Wirths, § 7, N 10 ff; Soergel/Baur, § 7, N 10; Diester, Rechtspfleger 1965, 196 f und NJW 1971, 1157 f; BayObLG, 19.3.1973, DNotZ 1973, 611 ff und den eher zurückhaltenden Entscheid des OLG Düsseldorf, 18.6.1969, Rechtspfleger 1970, 26 f. Allgemein auch Heinz Gaberdiel, Mängel bei der Begründung von Wohnungseigentum, NJW 1972, 847 ff und Wolfgang Däubler, "Gründungsmängel" beim Wohnungseigentum, DNotZ 1964, 216 ff.

21 F. Schmid, 25 f; Montchal, 35 f; vgl. auch Hindermann, 54 ff.

1 So das BayObLG, 4.1.1973, Rechtspfleger 1973, 139 f (Leitsatz 6) und ihm folgend Weitnauer/Wirths, § 1, N 6a; vgl. auch Bärmann/Pick, § 1, N 22 ff; Soergel/Baur, § 1, N 7 und Ziff. 4 III der "Allgemeinen Verwaltungsvorschrift" vom 19.3.1974 (zitiert bei Weitnauer/Wirths, 336).

2 Beispielsweise ist allein eine Toilette keine Wohnung und von ihrer Zweckbestimmung her auch kein gewerblicher Raum, weshalb kein Sonderrecht an ihr begründet werden kann (in diesem Sinne auch das OLG Düsseldorf, 4.2.1976, NJW 1976, 1458 f).

Angesichts der fehlenden Definitionen haben Lehre und Rechtsprechung zu verschiedenen Fragen Richtlinien erarbeiten müssen:

- Haben alle Stockwerkeinheiten auf einem Grundstück zu liegen?
- Ist es möglich, Stockwerkeigentum an verschiedenen Häusern auf demselben Grundstück zu begründen?
- Inwieweit hat das Grundstück bebaut zu sein und in welcher Form muss die Überbauung vorgenommen werden?
- Sieht das Gesetz einen maximalen oder minimalen Umfang der Stockwerkeinheiten vor?
- Ist die Zahl der Stockwerkeigentümer irgendwie begrenzt? Gibt es Schranken für die Zahl der Stockwerkeinheiten?

2. Die einzelnen Einheiten einer Stockwerkeigentümergemeinschaft können sich gemäss ZGB 712a I nur auf ein und dasselbe Grundstück erstrecken; wird z.B. eine Grossüberbauung geplant, müssen deshalb vorerst die Grundstücke vereinigt werden, bis der Bauträger mit der Begründung von Stockwerkeigentum beginnen kann.

Diese Rechtsfrage war in Deutschland während längerer Zeit umstritten, wobei die Mehrheit der Lehre dazu neigte, Wohnungseigentum nur an einem Grundstück zu ermöglichen[3]. Anlässlich der Revision des WEG vom Jahre 1973 hat sich nun der Gesetzgeber – im Sinne einer Klärung – ausdrücklich dieser Ansicht angeschlossen: Gemäss WEG 1 IV können Wohnungseigentum und Teileigentum nicht in der Weise begründet werden, dass das Sondereigentum mit Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden wird.

3. Sowohl in der schweizerischen wie der deutschen Lehre besteht weitgehend Einhelligkeit darüber, dass die Bildung von Stockwerkeigentum an mehreren Häusern auf dem gleichen Grundstück möglich ist[4]. Es handelt sich dabei somit um eine "vertikale Teilung" (im Gegensatz zur sonst üblichen horizontalen Trennung), die unabhängig von der Parzellierungsmöglichkeit zulässig ist. Die Parzellierung braucht also nicht ausgeschlossen zu sein (z.B. wegen einer unterirdischen Autoeinstellhalle), sondern es genügt, dass sie unerwünscht ist (z.B. wegen der Erschliessung oder der Benützung gemeinschaftlicher Einrichtungen). M.E. ist jedoch eine solche vertragliche Ausgestaltung sogar dann zulässig, wenn für die mehreren Gebäude keine gemeinsamen Anlagen vorhanden sind und jedes Haus eine völlig selbständige Einheit bildet[5], weil dabei möglich ist, die sonst geltenden Grenzabstandsvorschriften zu unterschreiten[6]. Immerhin kann sich fragen, ob für den Fall einer solchen Ein-

3 Bärmann/Pick, § 3, N 7; Weitnauer/Wirths, § 3, N 2a und 2b.

4 Liver, Berner Notar 1969, 328 f; Eggen, ZBGR 1972, 214; Ruedin, 7; Friedrich, § 1, N 2 und ZBGR 1973, 137; Meinungsäusserung der Justizdirektion des Kantons Bern vom 10.10.1969, Berner Notar 1969, 372 ff; Bärmann/Pick, § 1, N 25, § 3, N 21 f, § 5, N 20; Weitnauer/Wirths, § 3, N 14a und 14b; Soergel/Baur, § 3, N 3; Erman/Westermann, § 5, N 3; Hauger, 55; OLG Köln, 17.7.1961, NJW 1962, 156 f; OLG Frankfurt, 9.1.1963, NJW 1963, 814 f; BGH, 3.4.1968, BGHZ 50, 56 f.

5 A.A. Mitteilung Nr. 20 des Notariatsinspektorates Zürich, 8, wenn auch ohne weitere Begründung. Die Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens könnte wohl aber nur darin bestehen, dass damit das Stockwerkeigentumsrecht zweckentfremdet verwendet würde. Solche Anhaltspunkte dürften jedoch selten vorliegen: So ist es etwa denkbar, dass eine Erbengemeinschaft die Liegenschaft nicht parzellieren möchte, um die Möglichkeit einer späteren Gesamtüberbauung offenzuhalten, im Moment aber dennoch jeder Erbe, dank der genügenden Platzverhältnisse, ein eigenes Häuschen erbauen will.

6 Schutz vor einer unsinnigen Überbauung bieten immer noch die Gebäudeabstandsvorschriften.

familienhaussiedlung das Stockwerkeigentum die geeignetste Lösung ist: Würde nämlich jedem Miteigentümer am Grundstück ein Baurecht (Erbbaurecht) eingeräumt, dessen Ausübung auf einen bestimmt umgrenzten Teil der Liegenschaft beschränkt ist[7], wäre jeder Beteiligte Eigentümer des Gebäudes, also auch an den konstruktiven Bauteilen, was für das Stockwerkeigentum zumindest zweifelhaft ist[8].

Möglich ist jedoch auch die gleichzeitige vertikale und horizontale Teilung: Es kann also so Stockwerkeigentum begründet werden, dass ein grösseres Areal mit mehreren Ein-, kleineren Mehrfamilienhäusern und grösseren Wohnblocks überbaut wird. Bei einer solchen baulichen Konzeption sind aber erhebliche Kostenverteilungsprobleme nicht zu übersehen: Der Verteilungsschlüssel muss den gegebenen Verhältnissen angepasst werden; je nach der konkreten Ausgestaltung drängt sich auch die Bildung von Untergemeinschaften auf[9].

4. Am meisten Schwierigkeiten hat – vor allem in der deutschen Lehre – die Umschreibung des Begriffes "Raum", auf den letztlich das Stockwerk wie die Wohnung zurückzuführen sind, bereitet.

a) Stockwerkeigentum ist – vom Objekt her gesehen – Sachherrschaft; diese beschränkt sich aber nicht nur auf die Beherrschung der Erdoberfläche, sondern sie erfasst auch den Bereich unter und über der Erde (ZGB 667; BGB 905). Das Stockwerkeigentum gibt deshalb Raumherrschaft ab, nämlich durch das Recht an der Sache vermittelte Raumherrschaft[10]. Weil es – theoretisch – denkbar ist, dass sämtliche festen Teile gemeinschaftlich sind (z.B. als elementare Bauteile: ZGB 712b II, WEG 5 II), reduziert sich der Herrschaftsbereich allenfalls auf ein dreidimensionales Gebilde. Dennoch handelt es sich nicht um ein Sonderrecht (Eigentum) am Raum (als abstrakte, geometrische Gegebenheit mit messbarer Ausdehnung), sondern der Raum muss vielmehr umschlossen, umgrenzt, festgelegt gedacht sein[11]. Auch wenn die Bauteile (Wände, Einrichtungen) nur zum Raum "hinzutreten" (kein Sonderrecht darstellen), hat der Raum somit innerhalb der baulichen Gesamtstruktur eine reale Umgrenzung.

b) Aus der Umschreibung des Raumes als umbauter Luftraum ergeben sich bereits wesentliche Anhaltspunkte für den Bereich des Sonderrechts. Man wird nur dann von einem Bauwerk sprechen können, wenn ein Gebäude (irgendwelcher Art und aus irgendwelchen Materialien) vorliegt, in dem sich ein oder mehrere Räume befinden. Keinen Raum in diesem Sinne stellt eine Tankstelle mit Tankautomaten und sonstigem Zugehör, auch wenn sie überdacht ist, dar, weil hier nirgends ein umbauter Luftraum gegeben ist[12]. Das Vorliegen eines Raumes allein reicht jedoch noch nicht zur Begründung von Stockwerkeigentum aus: Die Raumeinheit muss überdies abgeschlossen sein, eine wirtschaftliche Einheit bilden und über einen eigenen Zugang verfügen[13].

7 Vgl. Liver, Berner Notar 1969, 329.
8 Eingehend zu dieser Kontroverse hinten § 7 B III 3.
9 Dazu hinten § 8 IV D.
10 Eine einlässliche Auseinandersetzung mit den einschlägigen Theorien findet sich bei Hurst, 140 ff; vgl. auch die kritische Bemerkung von Weitnauer/Wirths, § 5, N 2.
11 Bärmann/Pick, § 5, N 17 und dort zitierte Literatur.
12 So das LG Münster, 18.11.1952, DNotZ 1953, 149 f.
13 Zu diesen Voraussetzungen hinten § 8 II und III.

Obwohl es sich dabei um den Normalfall handeln dürfte, lässt sich Stockwerkeigentum nicht nur oberirdisch begründen. Es ist nämlich denkbar, dass auch unterirdisch baulich Nutzräume konzipiert werden können, die den Anforderungen an ein Gebäude – als Bauwerk, das einen oder mehrere Räume enthält – genügen. Es widerspricht weder der Verkehrsauffassung noch dem Zweck des ZGB bzw. WEG, die in wirtschaftlicher Hinsicht eine Definition vermissen lassen, wenn unterirdisch ein Haus mit festen Aussenmauern und Seitenbegrenzungen erstellt wird. Das OLG Frankfurt hat deshalb zu Recht entschieden, ein U-Bahnhof, der neben den öffentlichen Verkehrsflächen eine grosse Zahl allseits abgeschlossener Räume (wie Ladengeschäfte, Ausstellungspavillons) enthalte, könne unabhängig vom Standort (ober- oder unterirdisch) Gegenstand von Wohnungseigentum sein[14].

Im einzelnen sind jedoch die Rechtsverhältnisse bei unterirdischen Stockwerkeigentumsgebäuden noch wenig geklärt[15]. Dogmatisch sind dabei zwei Fälle zu unterscheiden: Der Zugang zur Baute im Erdinnern kann von der Erdoberfläche des Grundstücks, "unter" der sie liegt, oder aber von einem andern Grundstück (z.B. grosse Tiefgarage unter einer Mehrzahl von Grundstücken) ausgehen. Im zweiten Fall (fehlende Verbindung zwischen der Baute im Erdinnern und der Erdoberfläche) ist das Erdreich des Eigentümers zu enteignen, soweit es noch in seinem Interessenbereich liegt (ZGB 667; BGB 905)[16]; am Gebäude selbst ist der Grundeigentümer deshalb nicht anteilmässig beteiligt, sofern er nicht eine Raumeinheit erwirbt. Es wäre deshalb m.E. unzulässig, statt der Enteignung dem Grundstückseigentümer einfach einen Miteigentumsanteil einzuräumen, weil das unterirdische Gebäude in seinem Erdreich steht. Etwas schwieriger gestaltet sich der Fall, wenn ein Grundstück unterhöhlt wird. Ist der Bodeneigentümer am unterirdischen Bauwerk nicht beteiligt, haben sich dessen Eigentümer die Baute durch beschränkte dingliche Rechte zu sichern, insbesondere durch die Einräumung eines Baurechts (Erbbaurecht)[17,18] und eines Wegrechtes in den Untergrund (eine Expropriation dürfte kaum in Frage kommen!); sie sind damit aber am Grundstück (Erdoberfläche) nicht anteilsmässig beteiligt. Erwirbt der Grundeigentümer ebenfalls eine Raumeinheit, kann dieselbe Ausgestaltung gewählt werden; es ist jedoch auch möglich, dass die Liegenschaft ins Miteigentum der Stockwerkeigentümer überwechselt und dem ehemaligen Grundeigentümer, wenn er nicht verdrängt wird, ein Sondernutzungsrecht bzw. – für den Fall des Vorliegens eines Hauses – ein Baurecht (ausgeschlossen ist die Einräumung eines Baurechts gemäss ZGB 675 II nur an einer Stockwerkeinheit, nicht an der zu Miteigentum aufgeteilten Liegenschaft) eingeräumt wird.

14 OLG Frankfurt, 14.12.1970, NJW 1971, 759; dazu auch Diester, Rechtsfragen, N 120 ff.

15 Vgl. immerhin die Bemerkungen von Eggen, ZBGR 1972, 210 f.

16 ZGB 667 und BGB 905 sind insoweit unterschiedlich konzipiert, als sich nach schweizerischem Recht die Raumherrschaft des Grundeigentümers nur so weit erstreckt, als er an der Ausübung ein Interesse hat, während nach deutschem Recht der Grundeigentümer Einwirkungen auf seinen an sich unbegrenzten Herrschaftsbereich dann nicht verbieten kann, wenn er an der Ausschliessung kein Interesse mehr hat (vgl. dazu Peter Liver, Usque ad sidera, usque ad inferos, in: Mélanges Philippe Meylan, Bd. II, Lausanne 1963, 169 ff).

17 ZGB 712d II 2 sieht die Begründung von Stockwerkeigentum, die auf einem selbständigen und dauernden Baurecht beruht, ausdrücklich vor.

18 Vgl. auch Isler, 26 ff.

c) Stockwerkeigentum lässt sich nicht nur an einem Neubau bestellen, sondern ebenso an einer Altbaute[19]. Der Gesetzgeber hat nicht zuletzt im Hinblick auf die Erbengemeinschaft an diesen Fall gedacht: Die Erben sollen das väterliche Haus, sofern dies baulich möglich ist, aufteilen und jedem eine Einheit zuweisen können. Ebenso sind Entwicklungsmöglichkeiten in Miethäusern dadurch offengehalten worden: So ist es denkbar, dass eine Mietergemeinschaft beschliesst, bei entsprechendem Einverständnis des Vermieters ihm das Haus abzukaufen und Stockwerkeigentum zu begründen. Dies hätte den grossen Vorteil, dass sich die Beteiligten bereits kennen[20]. Immerhin hat die Praxis gezeigt, dass eine solche Umwandlung meist erhebliche praktische Probleme mit sich bringt (bauliche Umgestaltungen, Kaufpreisforderungen[21]). Entsprechend gering ist denn auch das Interesse der Bauträger, "Eigentumswohnungen" unter Einräumung eines Kaufrechts zu vermieten, damit die potentiellen Stockwerkeigentümer vorerst ihre Umgebung kennenlernen können.

d) Obwohl Stockwerkeigentum an sich nur an einem umbauten Raum begründbar ist, sehen das schweizerische wie das deutsche Recht die Möglichkeit vor, eine Liegenschaft aufzuteilen, bevor das betreffende Gebäude erstellt ist; immerhin ist die planliche Ausscheidung der einzelnen Stockwerkeinheiten vorausgesetzt[22].

Die Begründung von baulich noch nicht erstelltem Stockwerkeigentum findet im schweizerischen ZGB keinen Rückhalt; die GBV hat jedoch das genauere Verfahren geregelt, indem die Anmerkung des zwingend einzureichenden Aufteilungsplanes vorgesehen ist (vgl. im einzelnen GBV 33c)[23]. Weil diesem Aufteilungsplan unter Umständen nur beschränkte Rechtswirkungen zukommen[24], hat sich eine weitere Sicherung als notwendig erwiesen: Bei der Eintragung im Hauptgrundbuch wird der Nachweis verlangt, dass das Gebäude fertiggestellt ist[25]. Erfolgt dieser Nachweis nicht, ist – nach einer Fristansetzung – das Stockwerkeigentum in Miteigentum umzuwandeln (GBV 33c IV)[26].

Im Gegensatz zum schweizerischen Recht sieht WEG 3 I ausdrücklich vor, dass die Begründung von Wohnungseigentum an einem auf dem Grundstück zu errichtenden Gebäude möglich ist. Die Verteilung der Räume geschieht ebenfalls nach dem Aufteilungsplan; der Anspruch auf Verschaffung eines Miteigentumsanteils und auf Einräumung von Sondereigentum lässt sich durch eine Vormerkung sichern[27].

Handelt es sich um eine geplante Grossüberbauung und werden die Eigentumswohnungen zu einem unterschiedlichen Zeitpunkt fertig, so entsteht das Sonderrecht (Sondereigentum) nicht erst mit der Fertigstellung der letzten Einheit[28], son-

19 Bärmann/Pick, § 3, N 25; Weitnauer/Wirths, § 3, N 10.
20 Dazu Tina Peter-Ruetschi, Zur Umwandlung von Mietwohnungen in Eigentumswohnungen, Stockwerkeigentum 1975/IV 64 f.
21 So hat etwa die "Aufforderung" einer Basler Immobilien-Firma an die Mieter einer Siedlung in Fribourg-Marly, die Wohnungen zu kaufen, ansonsten die Mietverträge gekündigt würden, einigen Staub in der Presse aufgewirbelt (vgl. Tribune de Lausanne le Matin, 31.3.1974).
22 Friedrich, § 1, N 2.
23 Vgl. Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 26 f.
24 Vorne § 5, 4.
25 Friedrich, ZBGR 1964, 357.
26 Vgl. allgemein zu diesem Verfahren: Friedrich, ZBGR 1964, 355 ff sowie F. Schmid, 188 f.
27 Im einzelnen vgl. Bärmann/Pick, § 3, N 26; Soergel/Baur, § 3, N 5, 13; Weitnauer/Wirths, § 3, N 4, 4a, 11, 11a sowie die bei diesen Autoren zitierte Literatur.
28 So zu Unrecht Diester, § 3, N 14a und b.

dern schrittweise für jede Einheit separat[29]. Wird in mehreren Bauabschnitten das Gebäude erstellt, sind besondere Vertragsgestaltungsprobleme zu lösen; als Möglichkeiten sind etwa denkbar[30]:

- "Kleine Aufteilung": Die Liegenschaft wird nur auf die Erwerber des im ersten Bauabschnitt erstellten Hauses aufgeteilt; diese Lösung bringt die Schwierigkeit mit sich, dass alle Beteiligten vor der Erstellung des zweiten Hauses die Hälfte ihres Miteigentumsanteils an den Bauträger abtreten müssten.
- Kleine Aufteilung mit "überdimensionalem Miteigentumsanteil": Jede Einheit erhält den ihr am Ende zukommenden Miteigentumsanteil mit Ausnahme einer, die über die Hälfte zuzüglich ihres normalen Anteiles verfügt und vom Bauträger zurückgehalten wird. Diese Lösung hat nicht nur den Nachteil, dass der Bauträger – vorbehältlich einer anderslautenden Regelung – mehr als die Hälfte der Kosten zu tragen hätte, sondern die später notwendige Wertquotenänderung bedarf zudem einer Änderung der Gemeinschaftsordnung und mithin der Zustimmung aller Beteiligten.
- "Grosse Aufteilung": Die Aufteilung wird so vorgenommen, wie es dem Endzustand (Fertigstellung auch der Gebäude des zweiten Bauabschnittes) entspricht. Dieses Vorgehen ist am zweckmässigsten, vorausgesetzt jedoch, dass für die Zeit, während der lediglich ein Teil der Gesamtüberbauung steht, eine spezielle Verwaltungsregelung (insbesondere Stimmrecht und Kostentragungspflicht) getroffen wird, nach der vorerst nur die Inhaber bereits erstellter Eigentumswohnungen an den Gemeinschaftsangelegenheiten teilhaben. Probleme können sich aber dann stellen, wenn im zweiten Bauabschnitt nicht mehr plangemäss gebaut wird (evtl. Änderung der Wertquoten).

Bei der Begründung von Stockwerkeigentum im Rahmen von Grossüberbauungen bedarf also die Vertragsgestaltung besonderer Sorgfalt und Weitsicht; generelle Richtlinien lassen sich nur schwer geben; allgemein ist jedenfalls eine möglichst flexible Regelung anzustreben, die zwar die grundsätzliche Rechtsstellung des einzelnen schützt, aber dennoch nicht ein fast unüberwindliches Hindernis bei der Anpassung an allenfalls unvorhergesehen eintretende Änderungen darstellt. Sinnvoll wäre etwa im Zusammenhang mit der "grossen Aufteilung" die in der Gemeinschaftsordnung vorgesehene (und im Grundbuch allenfalls an- bzw. vorzumerkende) Verpflichtung der Beteiligten, an der später notwendig werdenden Änderung der Verwaltungsordnung (z.B. Stimmrecht, Kostenverteilung) mitzuwirken.

Des weitern sollte das Stockwerkeigentum erst begründet werden, wenn die Pläne für die gesamte Überbauung feststehen (wenn möglich von der zuständigen Baubehörde genehmigt); wird dem Bauträger diesbezüglich ein allzu grosser Ermessensspielraum eingeräumt, wissen die ersten Stockwerkeigentümer nicht, wie gross ihre Wertquote letztlich sein wird und welche Nachbargebäude sie zu erwarten haben. Überdies steigt die Wahrscheinlichkeit notwendiger Abänderungen. Auch hat sich der Bauträger unter diesem Gesichtspunkt zu befleissigen, tatsächlich plangerecht zu bauen.

Besondere Probleme entstehen, wenn z.B. die zweite Bauetappe aus finanziellen Gründen nicht mehr verwirklichbar ist (z.B. Konkurs des Bauträgers). Zu prüfen wäre unter diesem Gesichtspunkt, ob der Anspruch des Bauträgers auf eigentumsmässige Abtrennung des für den späteren Bauabschnitt benötigten Grundstücksteils bei den Erstkäufern im Grundbuch an- bzw. vorgemerkt werden kann[31], damit der

29 Vgl. die eingehende Begründung bei Röll, Teilungserklärung, 47 ff und DNotZ 1977, 71 f.
30 Röll, DNotZ 1977, 74 ff.
31 Vgl. auch Röll, DNotZ 1977, 76 ff (v.a. 78).

Verkauf nicht wegen Uneinigkeit der Betroffenen verunmöglicht wird. Es ist jedoch auch denkbar, dass die bisherigen Stockwerkeigentümer die Überbauung fertigstellen[32].

5. Keine Vorschriften enthalten das ZGB und das WEG über die räumliche Ausdehnung der Raumeinheiten. Obwohl von "Stockwerken" bzw. "Wohnungen" die Rede ist, wird in der Lehre die einhellige Meinung vertreten, dass die Einräumung von Sonderrechten auch an einzelnen Räumen (Einzimmerwohnung, Appartement, Garage, Fernheizungsstation) zulässig ist[33]. Immerhin dürfte es sich im Wohnungssektor kaum je um nur einen Raum handeln, weil im Hinblick auf die wirtschaftliche Einheit[34] z.B. auch das Vorhandensein einer Toilette verlangt wird. Bei Akzessorien zur Wohnung (z.B. Garage) und beim gewerblichen Stockwerkeigentum (Teileigentum, z.B. Werkstatt) liegt aber unter Umständen nur ein einziger ummauerter Raum vor. Jedoch ist in diesem Bereich ebenfalls die funktionelle Bestimmung zu beachten[35], weshalb allein an einer Toilette kein Sonderrecht begründet werden kann[36]. Einen Sonderfall des Einzelraumes stellen die Nebenräume bzw. Nebengebäude dar: Sie sind auch ausserhalb des Hauptgebäudes verselbständigt und brauchen in sich selber nicht eine Einheit zu bilden; hingegen muss ein wirtschaftliches oder funktionelles Subordinationsverhältnis gegenüber der Hauptraumeinheit verlangt werden[37].

Trotz des schweizerischen Wortlautes "Stockwerk" braucht sich eine Raumeinheit weder über ein ganzes Stockwerk zu erstrecken, noch wird insbesondere dadurch ausgeschlossen, dass sie z.B. zwei Etagen umfasst. Wie dargelegt[38], ist eine vertikale Teilung bei zu Sonderrecht ausgeschiedenen Einfamilienhäusern möglich. Eine Stockwerkeinheit kann sich aber auch über verschiedene Stockwerke auf mehrere Einzelwohnungen und/oder Geschäftsräume ausdehnen[39]; beispielsweise ist es denkbar, dass die im Parterre liegenden Geschäftsräume eine Stockwerkeinheit bilden und alle Wohnungen zusammen die andere oder dass die Attikawohnung eine Raumeinheit darstellt und sämtliche übrigen Räume zu einer anderen zusammengezogen werden.

6. Keine Vorschriften bestehen über die Anzahl der Stockwerkeigentümer: Einerseits können mehrere Personen gemeinsam eine Eigentumswohnung erwerben, was

32 Eingehend zu den sich in diesem Zusammenhang stellenden Problemen Ludwig Röll, Die Fertigstellung des Gebäudes durch die Wohnungseigentümergemeinschaft, NJW 1978, 1507 ff; vgl. auch Weitnauer, DNotZ 1977, 45 f.

33 Friedrich, § 2, N 6 und ZBGR 1973, 137; Liver, Marxer, 198; zum Begriff "Stockwerk" auch Schreiben von Hans-Peter Friedrich an das Grundbuchinspektorat Bern vom 20.10. 1965, zitiert bei Peter Liver, Die Erstellung von Pavillonbauten im Baurecht auf der Perronplatte des Bahnhofes Bern, ZBGR 1973, 208; für Deutschland vgl. Ziff. 4 der "Allgemeinen Verwaltungsvorschrift", zitiert bei Weitnauer/Wirths, 336.

34 Hinten § 8 II A 2.

35 So stellt das Bundesgericht (14.5.1973, BGE 99 III 11 f) immerhin in Frage, ob an einer Waschküche auf dem Dach einer Altstadtbaute Stockwerkeigentum bestehen kann.

36 So das OLG Frankfurt, 14.12.1970, NJW 1971, 759.

37 Vgl. hinten § 7 III B 3 b und § 8 II B.

38 Vorstehend Ziff. 3; vgl. auch Flattet, 1966, 11.

39 Eidgenössisches Grundbuchamt, 17.10.1966, ZBGR 1966, 373 f; Mitteilung Nr. 20 des Notariatsinspektorates Zürich, 4; Bärmann/Pick, § 1, N 20 und § 3, N 8; OLG Hamburg, 25.6.1965, NJW 1965, 1765 f (etwas einschränkend); Soergel/Baur, § 3, N 3.

sich schon daraus ergibt, dass die Gesetze eine Stimmrechtsregelung für diesen Fall vorsehen (ZGB 712o I; WEG 25 II 2)[40], anderseits spricht nichts dagegen, dass eine Person Inhaber mehrerer Einheiten ist. Auch die Vereinigung aller Anteile in einer Hand führt nicht zum Untergang des Stockwerkeigentums; es steht lediglich in der Macht des Eigentümers, in einem solchen Fall das Stockwerkeigentum im Grundbuch löschen zu lassen (ZGB 712f II; WEG 9 I 3). Beispielsweise erscheint es deshalb als zulässig, dass der Erblasser zu Lebzeiten das Gebäude zu Stockwerkeigentum aufteilt, alle Anteile aber noch für sich behält und testamentarisch – mit entsprechenden Teilungsvorschriften – die einzelnen Wohnungen auf die Kinder überträgt. Es ist deshalb ungenau, wenn Bärmann/Pick[41] in der 2. Auflage des Kommentars davon ausgehen, dass mindestens zwei Miteigentümer vorhanden sein müssen; vorausgesetzt sind nur zwei Einheiten, die aber durchaus der gleichen Person gehören können.

Jedem Eigentümer eines Miteigentumsanteils muss notwendigerweise Sonderrecht an einer Raumeinheit eingeräumt werden; es gibt somit keine Stockwerkeigentümer ohne Sonderrecht. Ebenso ist undenkbar, dass jemandem eine Raumeinheit zugeschieden werden kann, ohne dass er damit nicht auch einen Miteigentumsanteil erwirbt und dadurch Mitglied der Stockwerkeigentümergemeinschaft wird[42].

7. Das ZGB und WEG enthalten ebenfalls keine Vorschriften über die Zahl der Stockwerkeinheiten. Damit Stockwerkeigentum überhaupt entstehen kann, braucht es aber wesens- und strukturnotwendig wenigstens deren zwei, die zwar in der gleichen Hand verbleiben dürfen. Nur wenn zwei "Beteiligungen" (weil die Stockwerkeigentümergemeinschaft eine Objektsgemeinschaft ist, stehen die Einheiten, nicht die Personen im Vordergrund) vorhanden sind, entsteht ein Gemeinschaftsverhältnis. Ein sachliches Bedürfnis, dem römisch-rechtlichen Grundsatz "tres faciunt collegium" zu folgen, bestand (wie etwa auch in der schweizerischen GmbH) nicht: Bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft handelt es sich überdies nicht um eine juristische Person[43], sondern um einen Zusammenschluss im Hinblick auf das gemeinsame Verwalten und Nutzen[44]. Die Aufteilung eines Gebäudes in nur zwei Einheiten ist auch dann möglich, wenn mehr Wohnungen konzipiert sind, weil eine Einheit nicht auf eine Wohnung beschränkt zu bleiben braucht. Es ist aber nicht zu übersehen, dass sich bei einer Zweimann-Stockwerkeigentümergemeinschaft besondere Probleme stellen: So ist insbesondere die Frage des Stimmrechts vor der konkreten Aufteilung zu prüfen; wird einem Stockwerkeigentümer – etwa wegen der höheren Wertquotenbeteiligung – eine verstärkte Stimmkraft eingeräumt, drängen sich vertragliche Kautelen auf, die ihn an einer Einmann-Herrschaft (z.B. hinsichtlich wichtigerer Verwaltungshandlungen) hindern.

40 Vgl. auch Bärmann/Pick, § 3, N 33 und Weitnauer/Wirths, § 3, N 15, 36, 36a.
41 Bärmann/Pick, § 1, N 25; in der 3. Auflage wird zutreffend der Begriff "Raumeigentumsrechte" verwendet.
42 Vgl. dazu Bärmann/Pick, § 3, N 8 und Weitnauer/Wirths, § 3, N 6; Soergel/Baur, § 3, N 3.
43 Weber, SJZ 1979, 117 f.
44 Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 1, N 67, 73.

Ebenso ist die Zahl der Stockwerke nach oben nicht begrenzt[45]. Je grösser jedoch die Anzahl der Raumeinheiten ist, desto komplizierter wird auch die Verwaltung. Auswirkungen auf den Inhalt der Gemeinschaftsordnung werden deshalb kaum unterbleiben: Je umfangreicher nämlich die Gemeinschaft ist, desto mehr drängt sich eine körperschaftliche Ausgestaltung im Innenbereich auf[46].

In neuerer Zeit sind jedoch vermehrt Stimmen laut geworden, die in sehr grossen Stockwerkeigentümergemeinschaften eine Bedrohung der Rechte des einzelnen sehen; zudem besteht die Gefahr, dass die Gemeinschaftsordnungen durch organisatorische Massnahmen (z.B. Stärkung der Verwalterrechte, Delegiertenversammlung[47]) die Mitbestimmungsmöglichkeiten der Stockwerkeigentümer einschränken.

In Deutschland ist diese Frage nun auch politisch aktuell geworden: Die Bayrische Staatsregierung hat nämlich am 13.2.1976 dem deutschen Bundesrat einen Gesetzesantrag zugeleitet, gemäss dem WEG 2 durch einen neuen Abs. 2 ergänzt werden soll: "Die Begründung von Wohnungseigentum durch Schaffung von Sondereigentum an mehr als einhundert Wohnungen ist ausgeschlossen"[48]. Der Bundesrat hat sich diesem Vorschlag grundsätzlich angeschlossen, jedoch die Zahl nicht auf 100 Wohnungen, sondern auf 100 Miteigentumsanteile begrenzt[49].

Diese Änderung bringt den Vorteil mit sich, dass die Zahl der Wohnungen nicht auf genau 100 beschränkt ist, weil auch mehrere Wohnungen mit einem Miteigentumsanteil verbunden werden können; ein gewisses Mass an architektonischer Gestaltungsfreiheit ist damit gewahrt. Hingegen scheint der Bundesrat nicht beachtet zu haben, dass durch die neue Version auch kleinste Anteile mitzuberücksichtigen sind (z.B. Garage); es fragt sich deshalb, ob nicht wenigstens ganz kleine Anteile von der Berechnung ausgenommen werden sollten.

Als Argumente der Befürworter einer quantitativen Begrenzung der Wohnungseigentumseinheiten[50] werden etwa genannt[51]:

- Die Begrenzung dient der Stärkung der Rechtsstellung des einzelnen Wohnungseigentümers, die in Grossgemeinschaften weitgehend ausgehöhlt ist, insbesondere was das Stimmrecht betrifft.
- Die Eigenverantwortlichkeit des einzelnen wird gestärkt.
- Allfällige Organisationsschwierigkeiten lassen sich abbauen (z.B. keine Mammutversammlungen mehr).
- Die Grössenbegrenzung stellt zwar einen Eingriff in das Recht des Bodeneigentümers auf bauliche Nutzung seines Grundstücks dar, doch handelt es sich um eine zulässige Sozialbindung (GG 14), weil sie nur sehr beschränkt ist, zumal wenn die Möglichkeit einer Parzellierung besteht.
- Die Grössenbegrenzung ist als solche nicht willkürlich, nur die Zahl wäre an sich nicht zwingend.

45 Friedrich, § 1, N 5; Bärmann/Pick, § 3, N 31; Weitnauer/Wirths, § 3, N 14.
46 Friedrich, § 1, N 5.
47 Deren Zulässigkeit ist immerhin sehr problematisch (hinten § 21 III B).
48 Drucksache 133/76.
49 Drucksache 8/161.
50 Erfasst wird nach allgemeiner Meinung auch das Teileigentum, obwohl dies nicht ausdrücklich gesagt wird.
51 Vgl. Drucksache 8/161, 11 f; Demharter, Rechtspfleger 1977, 42 f und dort zitierte Literatur; Demharter, Rechtspfleger 1978, 117; Werner Stadler, Das Ziel der Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 8 ff; vgl. auch Diester, NJW 1971, 1156 und Rechtsfragen, N 15 und N 60.

- Die Begrenzung widerspricht nicht einer rationellen Verwaltungsorganisation.
- Vom öffentlichen Baurecht sind keine sinnvollen Einschränkungen hinsichtlich der Grösse zu erwarten.

Diesem Vorschlag ist jedoch in der Diskussion mehrheitlich Opposition erwachsen. Die Bundesregierung hat deshalb auch von einem entsprechenden Artikel abgesehen[52]. Angesichts der Zahl der Gegner einer Grössenbegrenzung scheint es unwahrscheinlich, dass im Bundestag die Gesetzesfassung des Bundesrates in diesem Punkt durchdringt.

Als Argumente, die gegen eine Grössenbeschränkung sprechen, werden erwähnt[53]:

- Bei der Grössenbegrenzung handelt es sich um einen unzulässigen Eingriff ins Eigentum des Bodeneigentümers (ungerechtfertigte Beschneidung der privaten Nutzung und Beschränkung der Wirtschaftlichkeit); eine Sozialbindung ist nur annehmbar beim Vorliegen eines gesteigerten, objektiv-öffentlichen Interesses, was für den Schutz der Wohnungseigentümerstellung nicht zutrifft.
- Die Zahl einhundert ist willkürlich.
- Der geringere Einfluss bei grösseren Wohnungseigentümergemeinschaften steht im entsprechenden Verhältnis zum geringeren Anteil am Gesamtwert.
- Weil es möglich ist, mehrere Wohnungen mit einem Miteigentumsanteil zu verbinden, dieser aber kaum verkäuflich sein wird, erstellt der Bauträger grössere Gebäude, behält den Anteil für sich und vermietet diese Wohnungen; diese Durchmischung ist allenfalls problematisch und gibt dem Bauträger (jedenfalls wenn das Wertquotenstimmrecht gilt) weitgehende Mitbestimmungsrechte.
- Die Grössenbegrenzung kann zu Ersatzformen führen, die für den einzelnen Wohnungseigentümer ungünstiger sind (z.B. kautelarjuristisches System von Dienstbarkeiten).
- Die Verwendung von Gemeinschaftseinrichtungen (Heizungsanlage, Kinderspielplatz, Garagen, Schwimmbad) wird erschwert. Der Zwang zur allfälligen Zusammenarbeit führt zu "übergeordneten Versammlungen" und damit wieder zum Problem des Delegiertenstimmrechts.
- Eine sinnvolle Verwaltung ist – bei einer entsprechenden Organisation und der nötigen Sachkunde – auch in grossen Wohnungseigentümergemeinschaften möglich.
- Die Grössenbeschränkung widerspricht der Wirtschaftlichkeit der Betriebskosten und der Rationalität der Verwaltung.
- In der Praxis hat die Grösse der Gemeinschaft noch nie zu Streitigkeiten geführt (sie ist nicht entscheidend); bei kleineren Gemeinschaften werden z.B. auch die Interessensätze deutlicher sichtbar.
- Die Marktlage wirkt auch hinsichtlich der Grösse als Regulativ.

52 Drucksache 445/78, 9 und Drucksache 8/2444, 9.

53 Vgl. insbesondere Bärmann, Rechtspfleger 1977, 233 ff und dort zitierte Literatur; im übrigen: Bärmann, 25 Jahre, 16 ff; Bärmann, Neuere Rechts- und Reformfragen zum WEG, in: Entwicklung und Reform des Wohnungseigentums, 78 f; Weitnauer, DNotZ SH 1977, 33, Anm. 7 und 43; Tasche, DNotZ 1974, 595; Wolfgang Müller, Probleme bei der Verwaltung von grösseren Wohnungseigentümergemeinschaften, in: Entwicklung und Reform des Wohnungseigentums, 65 ff; Wolfgang Müller, Welche Auswirkungen haben die geplanten Änderungen des Wohnungseigentumsgesetzes auf die Verwaltung von Eigentumswohnungen?, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 25 ff; Hubertus Plattenteich, Werden die Rechte der Bauträger durch die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes eingeschränkt?, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 17 ff; Dieter Stephan, Die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes aus der Sicht der Rechtsprechung, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 68 ff; Bielefeld, 36; vgl. auch die Diskussion über die vorgeschlagene Grössenbegrenzung, in: Entwicklung und Reform des Wohnungseigentums, 99 ff, v.a. die Voten von Seuss (100), Stephan (107) und Fitzelthon (118 f).

- Die Grössenbeschränkung führt zu bautechnischen und architektonischen Schwierigkeiten (nebst der geringeren Verwertungsmöglichkeit für den Bauträger); zudem lassen sich städtebauliche Gesichtspunkte weniger gut realisieren.
- Es widerspricht dem Gleichheitsgrundsatz, dass nur für das Wohnungseigentum, nicht aber etwa für Miethäuser eine Grössenbegrenzung gefordert wird.
- Unklar ist, was passiert, wenn unzulässigerweise zuviel Miteigentumsanteile ausgeschieden werden; die Gemeinschaft ist an sich faktisch vorhanden (und als solche zu behandeln); eine Rückabwicklung dürfte kaum möglich sein.

Die allfällige Grössenbegrenzung ist nicht zuletzt eine Frage der politischen Opportunität. M.E. scheinen die angeführten Nachteile gewichtiger zu sein als die Vorteile. Dass die Rechtsstellung des einzelnen häufig nur sehr schwach ausgebildet ist, lässt sich kaum generell bestreiten. Bevor jedoch zu doch recht einschneidenden Beschränkungen gegriffen wird, sollten Möglichkeiten gesucht werden, die mit einem weniger starken Eingriff mehr erreichen. Damit würde auch dem allgemein im freiheitlichen Privatrecht – hinsichtlich zwingender Vorschriften – anzuerkennenden Subsidiaritätsgrundsatz Genüge getan.

§ 7 Die gemeinschaftlichen Teile

I Die Bedeutung der Abgrenzung zwischen den gemeinschaftlichen und den zu Sonderrecht ausgeschiedenen Teilen

Als eine der vorrangigsten gesetzgeberischen Notwendigkeiten hat sich die Festlegung des Bereichs erwiesen, in dem Sonderrechte zugunsten der einzelnen Stockwerkeigentümer begründet werden können. Diese Aufgabe stellt sich jedoch – innerhalb des gesetzlichen Rahmens – auch jeder Gemeinschaft bei der konkreten Ausgestaltung des Begründungsaktes. Zu einem wesentlichen Teil wird dabei die Frage durch die architektonische Planung des Gebäudes präjudiziert: Die Art der Erstellung des Gebäudes schafft Folgen, die von der Gemeinschaftsordnung nicht unbeachtet gelassen werden können[1].

Bei der Abgrenzung der gemeinschaftlichen von den zu Sonderrecht ausscheidbaren Gebäudeteilen musste der Gesetzgeber versuchen, einen Ausgleich zwischen den Interessen aller Stockwerkeigentümer am gemeinschaftlichen Bestand und der Einräumung einer möglichst alleineigentümerähnlichen Stellung des einzelnen herbeizuführen[2]. Dabei fallen einerseits dogmatische Erwägungen in Betracht, anderseits aber in erhöhtem Masse auch Zweckmässigkeitsgründe. Dogmatisch kann nur so lange von Stockwerkeigentum gesprochen werden, als jedem einzelnen ein Recht zukommt, das noch als "Eigentum" (das Stockwerkeigentum ist nicht ein beschränktes dingliches Recht) zu bezeichnen ist[3]; anderseits setzt das Gemeinschafts-

1 So wird etwa die erforderliche Abgeschlossenheit der Stockwerkeinheit (dazu hinten § 8 II) durch die bauliche Ausgestaltung des Gebäudes vorbestimmt; dazu auch Flattet, 1966, 14, 24 ff.

2 Vgl. vorne § 5.

3 Dies ist etwa beim sog. Teilzeiteigentum nicht der Fall: Darunter versteht man das Eigentum an einer bestimmten Sache für eine bestimmte, immer gleiche Periode im Jahr (zur genaue-

verhältnis voraus, dass nicht alle Rechte auf die einzelnen "verteilt" (aufgespalten) werden[4].

Unter dem Gesichtspunkt der Zweckmässigkeit (verstanden im weiteren Sinne als interessengerechte Ausgestaltung) sind bei der Abgrenzung etwa zu berücksichtigen:

- Die Fundamente und die tragenden Teile des Gebäudes halten die Stockwerkeigentümergemeinschaft körperlich zusammen. Angesichts des alleinigen Verfügungs- und Nutzungsrechts im Bereich des Sonderrechts würde die Gefahr bestehen, dass bei einer Ausscheidung der tragenden Elemente des Gebäudes an einen einzelnen Stockwerkeigentümer diese durch seine Tätigkeit zweckentfremdet verwendet werden können. Sowohl rechtliche wie tatsächliche Verfügungen über die Sache, die im Widerspruch zu den Interessen der Gemeinschaft stehen, sind zwar allenfalls nachträglich (d.h. nach ihrem "Sichtbarwerden") rückgängig zu machen; es kann aber dazu in diesem Zeitpunkt auch schon zu spät sein (z.B. Gutglaubensschutz des Dritten; nur schwer wiedergutzumachende Beschädigung). Deshalb sollen alle Stockwerkeigentümer gemeinsam an diesen Gebäudeteilen ihre Rechte ausüben.
- Das Interesse der Verkehrssicherheit verlangt eine genaue Abgrenzung zwischen den gemeinschaftlichen und den zu Sonderrecht ausgeschiedenen Teilen. Anzustreben sind dabei möglichst generelle Kriterien, um im Sinne einer optimalen Vorhersehbarkeit allzu individualistische Einzelfallentscheidungen, die sich durch die besondere Individualität der Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht rechtfertigen lassen, zu vermeiden.
- Eine konzise räumliche und bautechnische Aufteilung des Gebäudes erleichtert auch die Ausscheidung der Nutzungs- und Verwaltungsbefugnisse, die der Stockwerkeigentümergemeinschaft übertragen werden müssen, von jenen, die den einzelnen Stockwerkeigentümern übertragen werden können[5]. Dadurch wird somit bereits bis zu einem gewissen Grade die Nutzungs- und Verwaltungsordnung vorgezeichnet (z.B. können bestimmte Gebäudeteile vom einzelnen Stockwerkeigentümer nur im ordnungsmässigen, allgemeinverträglichen Rahmen und nicht allein genutzt werden); die Ausscheidung der Sonderrechte gibt also erste Richtlinien für das Innenverhältnis her und es kommt ihr damit eine Ordnungsfunktion zu.
- Die Ausscheidung zwischen den gemeinschaftlichen und den sonderrechtsfähigen Gebäudeteilen wirkt weiter im entsprechenden Sinne präjudizierend für die Verteilung der Unterhaltskosten[6].
- Je nach dem Ausmass, nach dem die gemeinschaftlichen Befugnisse auf Kosten der Einzelbefugnisse ausgedehnt werden, können sich auch Rückwirkungen auf die wirtschaftliche Bewertung der Stockwerkeinheit ergeben, indem der Kauf-

ren Ausgestaltung Aliesch, 20); die zeitliche Beschränkung widerspricht dem Eigentumsbegriff (vgl. auch Guolf Gattiker, Das Teilzeit-Eigentum ist eigentlich kein Eigentum, Tages-Anzeiger vom 1.9.1973).

4 Z.B. durch die Trennung der Hauptmauern.

5 BBl 1962 II 1490.

6 K. Müller, 18.

preis und damit der Handelswert der Einheit vom Umfang und der Ausgestaltung der Individualrechte abhängig ist[7].

II Die gesetzliche Regelung

1. Das schweizerische Recht nimmt die Abgrenzung zwischen den gemeinschaftlichen und den sonderrechtsfähigen Gebäudeteilen in ZGB 712b vor; nach der Umschreibung des Gegenstandes des Sonderrechts (Abs. I) hält Abs. II ausdrücklich fest, welche Gebäudeteile nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden können; es sind dies:

- der Boden und das Baurecht, auf Grund dessen das Gebäude erstellt worden ist (Ziff. 1),
- diejenigen Bauteile, die für den Bestand, die konstruktive Gliederung und Festigkeit des Gebäudes oder der Räume anderer Stockwerkeigentümer von Bedeutung sind oder die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmen (Ziff. 2)[8],
- die Anlagen und Einrichtungen, die auch den anderen Stockwerkeigentümern für die Benutzung ihrer Räume dienen (Ziff. 3).

In Abs. III wird schliesslich die Vermutung zugunsten des Sonderrechts statuiert; im Sonderrecht stehen somit alle Teile, die nicht auf Grund von Abs. II zwingend gemeinschaftlich sind und auch nicht vertraglich (Abs. III) als gemeinschaftlich erklärt werden. Trotz dieser Vermutung und des anerkannten Ziels des Gesetzgebers, dem einzelnen Stockwerkeigentümer eine möglichst eigentümerähnliche Stellung einzuräumen[9], ist systematisch richtig vom gemeinschaftlichen Zuordnungsbereich auszugehen[10]: Das ganze Gebäude (auch die Sonderrechtsteile) steht im Miteigentum aller Stockwerkeigentümer und es kann lediglich beim Nichtvorhandensein der erwähnten Voraussetzungen (ZGB 712b II und III) ein exklusives Verwaltungs- und Nutzungs- sowie ein Verfügungsrecht ausgeschieden werden; auch architektonisch sind die einzelnen Stockwerkeinheiten vom Rohbau abhängig und schliesslich ist der Miteigentumsanteil angesichts der heutigen kostspieligen Gemeinschaftseinrichtungen und -anlagen wirtschaftlich bedeutungsvoller als das Sonderrecht[11].

2. Über weite Strecken ähnlich aufgebaut ist auch die deutsche Regelung in WEG 5. Abs. I umschreibt ebenfalls den Gegenstand des Sondereigentums, wobei jedoch – in Nebensätzen – zwei Abgrenzungen gegenüber dem gemeinschaftlichen Eigentum vorgenommen werden. Zwingend gemeinschaftlich sind nach Abs. II:

- Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie
- Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch aller Wohnungseigentümer dienen.
- Zudem steht das Grundstück gemäss WEG 1 V im gemeinschaftlichen Eigentum.

7 Dazu Friedrich, § 5, N 12.
8 Zur Problematik der Zusammenfassung der konstruktiven Bauteile und der Aussengestaltung des Gebäudes vgl. hinten § 7 III B 1.
9 Friedrich, Konstruktion, 17; BBl 1962 II 1468.
10 Kritisch gegenüber der gesetzlichen Systematik zu Recht auch Magnenat, 50.
11 Liver, Marxer, 149 und SPR V/1, 91; Baur, 267.

Abs. 3 räumt den Wohnungseigentümern das Recht ein, weitere Bestandteile des Gebäudes als gemeinschaftlich zu erklären; hingegen fehlt es an einer Vermutung für das Sondereigentum[12]. Die Vorbehalte des Abs. I umfassen etwa diejenigen Fälle, die neben den konstruktiven Gebäudeteilen in ZGB 712b II 2 "verpackt" sind; die Sondereigentumsfähigkeit fehlt den Bestandteilen, die nicht verändert, beseitigt oder eingefügt werden können,

- ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 zulässige Mass hinaus beeinträchtigt[13]
- oder die äussere Gestaltung des Gebäudes verändert wird[14].

Auch das deutsche Recht geht somit systematisch vom Miteigentum aus; dem Gesetz fehlt zwar eine positive Kennzeichnung dessen, was es für gemeinschaftliches Eigentum hält, doch ergibt sich der Bereich dadurch, dass festgehalten wird (WEG 5 II und 5 I a.E.), was nicht Sondereigentum sein kann; vor der Ausscheidung zu Sondereigentum muss somit das gemeinschaftliche Eigentum bestimmt werden[15].

3. Es fragt sich nun, inwieweit vertraglich der Bereich des Sonderrechts ausgedehnt werden kann. Das Privatrecht steht grundsätzlich auf dem Boden der Privatautonomie; die gesetzgeberischen Regelungen, auch wenn sie in Sondergesetzen verankert sind[16], stellen Richtlinien für den privaten Rechtsverkehr auf, ohne dabei inhaltlich alle denkbaren oder zweckmässigen Möglichkeiten zu normieren. Damit wird ein Raum geschaffen zur rechtsgeschäftlichen Durchsetzung privater Wünsche. Nach dem besonderen Sinn einer Einzelvorschrift oder auf Grund eines allgemeinen Interesses sind jedoch bestimmte Regelungen zwingend ausgestaltet. Der Bereich des Sonderrechts kann deshalb dann über den Rahmen von ZGB 712b/WEG 5 hinaus erweitert werden, wenn die Gestaltung der Rechtsausscheidung kraft einer besonderen Bestimmung oder der allgemeinen Vertragsfreiheit zur Disposition der Beteiligten steht[17].

Vorweg ist festzuhalten, dass aus der Berechtigung, sonderrechtsfähige Teile als gemeinschaftlich zu erklären (ZGB 712b III; WEG 5 III), nicht durch Umkehrschluss abgeleitet werden darf, eine Vereinbarung zugunsten von Sonderrecht sei von vorneherein zwingend ausgeschlossen.

Eingangs des 2. Abschnittes des WEG hält Art. 10 I 2 fest, dass die Wohnungseigentümer von den Vorschriften dieses Gesetzes abweichende Vereinbarungen treffen können, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist. Eine entsprechende Vorschrift fehlt im schweizerischen Recht; es ist jedoch unbestritten, dass für die inhaltliche Ausgestaltung der gesetzlich fixierten Sachenrechtsinstitute vom

12 Dies erscheint auch angesichts des vorliegenden Gemeinschaftsverhältnisses als sachlich gerechtfertigt; zur Problematik der Sonderrechtsvermutung im schweizerischen Recht hinten § 8 VI.

13 Nach schweizerischem Recht dürfen die Räume der anderen Stockwerkeigentümer nicht beeinträchtigt werden (ZGB 712b II 2).

14 Dies entspricht ZGB 712b II 2 a.E.

15 Bopp, 20 f.

16 So das WEG; in der Schweiz ist Wert darauf gelegt worden, das Stockwerkeigentumsrecht ins ZGB zu integrieren (BBl 1962 II 1485 ff); dennoch haben die – ausführlichen – 19 Artikel sondergesetzähnlichen Charakter.

17 Bopp, 22.

Grundsatz der Vertragsfreiheit (OR 19) ausgegangen werden darf[18]. Es stellt sich aber die Frage, ob dieser Grundsatz der Vertragsfreiheit auch auf die Ausscheidung zwischen den gemeinschaftlichen und den sonderrechtsfähigen Gebäudeteilen ausgedehnt werden kann. In Deutschland ist diese Frage umstritten, in der Schweiz meines Wissens hingegen noch nicht konkret diskutiert worden. So geht etwa Pick[19] davon aus, dass als Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung alles möglich ist, "was das Verhältnis der Sondereigentümer zueinander betrifft, sei es in bezug auf die Gegenstände des Sondereigentums, sei es auch (trotz der Charakterisierung als Inhalt des Sondereigentums) in bezug auf das Miteigentum". Zuweilen wird sogar die Meinung vertreten, die Vertragsfreiheit gelte ungeachtet dessen, ob es sich um eine schuld- oder sachenrechtliche Frage handle[20].

Diese Betrachtungsweise erscheint jedoch fragwürdig. Zweifel an der Anwendbarkeit des Grundsatzes der Vertragsfreiheit auf die sachenrechtliche Festlegung des Gegenstandes des Stockwerkeigentums ergeben sich schon aus systematischen Erwägungen heraus: WEG 10 I 2 steht nicht nur am Anfang des Abschnittes über die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, sondern er bezieht sich überdies klar auf das "Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander" (WEG 10 I 1). Die Vertragsfreiheit nimmt also dogmatisch Bezug auf die schuldrechtliche Komponente der Gemeinschaft. Die dingliche Wirkung der Abgrenzung zwischen den sonderrechtsfähigen und den gemeinschaftlichen Gebäudeteilen im Hinblick auf die Rechtsnachfolger ist entgegen Pick[21] nicht davon abhängig, dass diese zum Inhalt des Sondereigentums erklärt und so im Grundbuch eingetragen wird; Sonderrecht wird ohnehin nur, was durch Einigung und Eintragung im Grundbuch dazu bestimmt wird; abweichende vertragliche Regelungen haben nur schuldrechtliche Wirkungen, solange sie nicht eingetragen sind[22].

Die fehlende Trennung zwischen dem Verhältnis der Stockwerkeigentümer untereinander und dem Gegenstand des Stockwerkeigentums rührt wesentlich von einer Verkennung der unterschiedlichen sachen- und schuldrechtlichen Strukturprinzipien her: Das Sachenrecht stellt nur eine geschlossene Zahl dinglicher Rechte zur Verfügung (Typengebundenheit), währenddem das Schuldrecht vom Grundsatz der Typenfreiheit beherrscht ist[23]. Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, die sich auf das Verhältnis der Stockwerkeigentümer untereinander bezieht, besagt also nichts über die sachenrechtliche Eigentumszuordnung der Gebäudebestandteile; es kann lediglich innerhalb des gebundenen Typus eine gewisse Gestaltungsfreiheit bestehen, soweit der Typus nicht inhaltlich bereits vollständig fixiert ist[24]. Nur wenn das Gesetz den Inhalt der dinglichen Rechte (sachenrechtlichen Institute) nicht un-

18 Meier-Hayoz, Syst. Teil, N 41.
19 Bärmann/Pick, § 10, N 45; undeutlich in: Vor § 10, N 13.
20 In diesem Sinne etwa Soergel/Baur, § 10, N 9: "Zum Inhalt der Vereinbarung können alle Fragen schuld-, sachen- oder personenrechtlicher Art gemacht werden"; ähnlich auch LG Köln, 14.11.1960, NJW 1961, 323.
21 Bärmann/Pick, § 10, N 45.
22 Eingehend dazu Bopp, 24 f.
23 Meier-Hayoz, Syst. Teil, N 35 ff mit Hinweisen auf die Durchbrechung des Prinzips (N 39 f).
24 In diesem Sinne klar differenzierend zwischen Typengebundenheit und Typenfixierung auch Meier-Hayoz, Syst. Teil, N 35 ff und N 41.

abänderlich festlegt, was jedoch wegen des Begriffs des dinglichen Rechts[25] oder der Schutzwürdigkeit von Allgemeinheits- oder Drittinteressen[26] oft geschieht[27], ist Platz für die Vertragsfreiheit. Bei der Ausscheidung der gemeinschaftlichen und sonderrechtsfähigen Gebäudeteile geht es nun aber nicht, wie bereits erwähnt, um die inhaltliche Fixierung der Sonderrechte, sondern um die typusgebundene dingliche Zuständigkeitsordnung. Die gesetzliche Ordnung in ZGB 712b und WEG 5 kann somit nicht vertraglich abgeändert werden; um den Bereich möglicher Sonderrechte abzustecken, muss deshalb untersucht werden, welche konkreten Gebäudeteile nicht unter die im Gesetz allgemein aufgezeichneten gemeinschaftlichen Bestandteile und Einrichtungen fallen.

4. Der gesetzlichen Regelung der Eigentumszuständigkeit in ZGB 712b und WEG 5 liegen weniger dogmatische und logische Notwendigkeits- als wirtschaftliche und praktische Zweckmässigkeitsgedanken zugrunde. Es geht bei der Abgrenzung zwischen den gemeinschaftlichen und sonderrechtsfähigen Gebäudeteilen darum, dass die Werte, die durch die Zusammenfassung mehrerer Sachen geschaffen werden, erhalten und geschützt bleiben[28]. Das Verbot verschiedener Eigentumsverhältnisse an wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes soll eine wirtschaftswidrige Trennung verhindern; Bestandteile und Einrichtungen, die allen dienen, sind gemeinschaftlich im Hinblick auf die Zuständigkeit (Eigentum) wie auch die Nutzung und Verwaltung auszugestalten. Gleichzeitig sind aber die Bewegungsbereiche der einzelnen Stockwerkeigentümer so voneinander abzugrenzen, dass es nicht laufend zu Konflikten kommt. Die häufig auftretenden Zwistigkeiten und Reibereien haben denn auch das Stockwerkeigentum um die Jahrhundertwende sowohl in Deutschland wie in der Schweiz in Verruf gebracht und zu Stockwerkeigentum aufgeteilte Liegenschaften sind als communio mater rixarum[29] bezeichnet worden. Eine sach- und interessengerechte Regelung muss deshalb dem einzelnen Stockwerkeigentümer einen ihm gehörenden, umgrenzbaren Bereich festlegen. Die Bedeutung der Tatsache, dass die Abgrenzung zwischen den gemeinschaftlichen und den sonderrechtsfähigen Gebäudeteilen unter verschiedenen Gesichtspunkten (praktisch und wirtschaftlich) zweckmässig sein muss, erhellt auch daraus, dass mehr solche Gründe (z.B. Aufsplitterung des Eigentums in allen Variationen bis hin zum Einzeleigentum an kleinen Kammern, Nebenräumen oder gar nur Teilen von Zimmern) als rechtsdogmatische Erwägungen dazu geführt haben, das Stockwerkeigentum in die Gesetzbücher der Jahrhundertwende nicht mehr aufzunehmen[30].

25 Dazu Staudinger/Seufert, Einl. zum Sachenrecht, N 13 f.

26 Schon Eugen Ehrlich (Das zwingende und nichtzwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Jena 1899, unveränd. Nachdruck Aalen 1970, 105) hat festgestellt, dass das dingliche Recht so ausgestaltet ist, "wie es durch das gesellschaftliche Kollektivbedürfnis zurechtgehämmert worden ist".

27 Vgl. die Beispiele bei Haab, Einl. N 60.

28 Bopp, 27.

29 Vgl. Friedrich, Wiedereinführung, 39a und die dort zitierten Autoren.

30 Bopp, 27.

III Zwingend gemeinschaftliche Teile

A Boden und Baurecht

1. Allgemeines

ZGB 712b II 1 sieht ausdrücklich vor, dass am Boden, auf dem das zu Stockwerkeigentum aufgeteilte Gebäude steht, kein Sonderrecht ausgeschieden werden kann; Entsprechendes ergibt sich aus WEG 1 V i.V.m. WEG 3. Dasselbe gilt auch für das Baurecht bzw. Erbbaurecht, kraft dessen das im Stockwerkeigentum stehende Gebäude erstellt werden darf. Dass die Zuweisung der Baurechtsdienstbarkeit zu Sonderrecht ausgeschlossen ist, liegt – abgesehen davon, dass eben nicht ein einzelner über die Belange der ganzen Stockwerkeigentümergemeinschaft soll verfügen können – insbesondere in der ihr fehlenden körperlichen Raumeigenschaft begründet (Abgeschlossenheit und eigener Zugang)[31].

Für den Boden treffen die erwähnten allgemeinen Erwägungen zu[32]: Es soll nicht die ganze Baute durch rechtliche Verfügungen (z.B. Belastung mit Grundpfandrechten) oder tatsächliche Tätigkeiten (z.B. durch Grabungen im Erdreich) eines einzelnen in Gefahr gebracht werden. Insbesondere wird damit auch verunmöglicht, dass der erste oder einflussreichste Stockwerkeigentümer (vielfach der Bauträger) den Boden für sich alleine beansprucht[33].

Die Rechtfertigung des gemeinschaftlichen Eigentums am Boden ist nicht nur auf den das Gebäude umgebenden Grund (z.B. Garten, Autoabstellplatz, Kinderspielplatz usw.[34]) beschränkt, sondern gilt auch für den Erdbereich unter dem Haus. Entgegen Friedrich[35] ist nämlich ein "Exklusivanspruch" an diesem Boden denkbar: Z.B. ist die Vergrösserung eines Hang-Terrasseneinfamilienhauses in den Erdbereich (unter die nächstobere Sektion) möglich. Es ist deshalb notwendig, dass auch dieser Boden zwingend gemeinschaftliches Eigentum ist; wenn es sich nur um eine gefahrlose kleinere Grabung handelt, kann die Gemeinschaft dem betreffenden Stockwerkeigentümer ein Sondernutzungsrecht einräumen.

2. Einzelne Beispiele

Die Tatsache, dass nicht bebaute Grundstücksteile nicht Gegenstand von Sonderrechten sein können, wirkt sich auf die verschiedensten Gebrauchsmöglichkeiten an diesen aus; weil also der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet hat, an solchen Grundstücksflächen eine neue Art der realen Teilung des Eigentums einzuführen, bleibt den Stockwerkeigentümern nur die Möglichkeit, mittels einer Benutzungs-

31 Für Deutschland vgl. Bärmann/Pick, § 5, N 40, 43 f.
32 Vorne § 7 I.
33 StenBull NR 1963, 219.
34 Im einzelnen nachfolgend Ziff. 2.
35 Friedrich, § 5, N 7.

ordnung den einzelnen dort Sondernutzungsrechte einzuräumen, wo dies sachgerecht erscheint[36].

Als Gebrauchsmöglichkeiten der unbebauten Grundstücksteile kommen insbesondere in Frage:

a) Autoabstellplätze

Nach völlig übereinstimmender Lehre[37] und Rechtsprechung[38] können Autoabstellplätze im Freien nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden[39]. Trotzdem ist es offenbar sowohl in der Schweiz[40] wie in Deutschland[41] vorgekommen, dass solche Autoabstellplätze im Grundbuch eingetragen worden sind; dadurch können jedoch keine Eigentumsrechte entstehen und es ist auch kein gutgläubiger Erwerb möglich[42]. Die Benützung von Abstellplätzen im Freien muss deshalb auf der Basis von beschränkten dinglichen oder obligatorischen Rechten geschehen[43].

An dieser Rechtslage hat WEG 3 II 2, eingefügt durch die Novellierung von 1973, nichts geändert, denn betroffen sind davon nur die Garageneinstellplätze (der abgeschlossene Raum wird fingiert)[44]. Hingegen ist umstritten, ob Parkflächen auf dem unüberdachten Oberdeck eines Hauses den Abstellplätzen im Freien oder den Garageneinstellplätzen gleichzustellen sind[45].

b) Garten

Auch hinsichtlich der Gartenteile besteht in Rechtsprechung[46] und Lehre[47] Einhelligkeit darüber, dass eine Ausscheidung zu Sonderrecht unzulässig ist. Die Stockwerkeigentümergemeinschaft kann jedoch eine entsprechende Benutzungsordnung erlassen[48].

c) Kinderspielplatz

36 Liver, SPR V/1, 92, Anm. 7; Bärmann/Pick, § 5, N 38; Weitnauer/Wirths, § 5, N 12.
37 Friedrich, § 2, N 11 ("sonstige Bodenflächen") und ZBGR 1966, 333, 335; Eggen, 212 f; F. Schmid, 17; Montchal, 10 f; Bärmann/Pick, § 5, N 17; Weitnauer/Wirths, § 5, N 12; Erman/Westermann, § 5, N 3 a.E.; Diester, NJW 1965, 797, NJW 1970, 1109 sowie Rechtsfragen, N 149; Röll, Teilungserklärung, 20; Hauger, 52.
38 OLG Karlsruhe, 27.1.1972, MDR 1972, 516; OLG Hamm, 2.10.1974, MDR 1975, 319.
39 Unbebaute Grundstücksteile sind, wie bereits ausführlich dargetan, zwingend gemeinschaftliches Eigentum; überdies fehlt solchen Abstellplätzen die Raumqualität und die Abgeschlossenheit.
40 Aliesch, 8.
41 Diester, NJW 1970, 1109 und Rechtsfragen, N 149.
42 OLG Karlsruhe, 27.1.1972, MDR 1972, 516.
43 Dazu eingehend hinten § 11 B.
44 Röll, Teilungserklärung, 20.
45 Vgl. hinten § 8 II C 2 b.
46 BayObLG, 21.3.1972, DNotZ 1972, 613.
47 Friedrich, § 2, N 11; Eggen, 212; Bärmann/Pick, § 5, N 17; Röll, Teilungserklärung, 17.
48 Dazu eingehend hinten § 14 III B 2.

d) Trockenplatz im Freien

e) Müllabladeplatz

f) Nicht umschlossener Raum einer blossen Tankstelle (ohne Büro und Wärterhaus) oder Raum innerhalb der unter der Erde liegenden Tankanlage[49]

Demgegenüber kann an einem Wärterhaus Sonderrecht begründet werden; soll auch dasselbe für die Tankstelle angestrebt werden, ist diese in die Form eines Nebengebäudes zu kleiden und mit einem qualifizierten Miteigentumsanteil zu verbinden[50], was jedoch die Tankstelle der praktisch notwendigen Offenheit berauben würde.

B Elementare Gebäudeteile

1. Allgemeines

Nach ZGB 712b II 2 und WEG 5 II werden Bauteile, die für die Stabilität und Konstruktion des Gebäudes oder der darin enthaltenen Stockwerkeigentumswohnungen elementare Bedeutung haben, als zwingend gemeinschaftlich erklärt. Der Grund dafür liegt darin[51], dass die Zuweisung solcher Bauteile an die einzelnen Stockwerkeigentümer zu Sonderrecht die Erhaltung solcher Objekte gefährden würde; weder wäre gewährleistet, dass diese Teile in der angebrachten Weise unterhalten würden, noch bestünde die Sicherheit, dass der einzelne von ihnen nicht in einer den Interessen der Gemeinschaft widersprechenden Weise Gebrauch machen würde[52]. Für die Abgrenzung ist dabei nicht der Standort, sondern die Bedeutung des Gegenstandes (schutzwürdiges Interesse der Gesamtheit) massgebend. Die modernen und technisch hoch entwickelten Bauteile, die allen Stockwerkeigentümern dienen, haben so wichtige Funktionen inne, dass es gerechtfertigt ist, sie zwingend für gemeinschaftlich zu erklären (mit der Folge der gemeinsamen Verwaltung)[53].

Eine einheitliche Begriffsverwendung für die erwähnten Bauteile fehlt in der Literatur. Der Begriff "konstruktive Gebäudeteile" nimmt vor allem Bezug auf die gesetzliche Umschreibung "Festigkeit und Gliederung" bzw. "Sicherheit"; dazu gehören etwa das Fundament, die tragenden Mauern und die Querverstrebungen. Wenn nun das Gesetz ausdrücklich auch den Bestand garantiert, kann damit nicht

49 Bärmann/Pick, § 5, N 17; LG Münster, 18.11.1952, DNotZ 1953, 149 f.

50 Bei einem Nebengebäude geht die herrschende Lehre davon aus, dass auch seine konstruktiven Teile zu Sonderrecht ausgeschieden werden können; fehlt es jedoch dem Tankstelleneigentümer an einem hauptsächlichen Sonderrechtsteil, ist also der Tankstellenraum der einzige Sonderrechtsteil, ist umstritten, ob dessen konstruktive Bestandteile gemeinschaftliche Teile sind oder nicht (vgl. dazu hinten § 7 III B 3).

51 Vgl. auch vorne § 7 I.

52 Friedrich, § 5, N 9.

53 BBl 1962 II 1489.

dasselbe gemeint sein[54]; der Bestand bedeutet mehr als nur das Konstruktionsgerippe; dieser Begriff enthält eine Aussage über das Wesen eines Gebäudes als ummauerter Raum. Bei der modernen Eisenbeton- und Stahlskelettbauweise, die nur das innere Treppenhaus und den Installationsschacht sowie die davon gehaltenen Stockwerksdecken als konstruktive Teile umfasst, werden beispielsweise alle Aussenwände ohne statische Funktion später eingesetzt und gehören damit zum Bestand des Gebäudes[55], denn auf die Aussenmauer als äussere Abgrenzung gegenüber dem freien Luftraum kann im Rohbauzustand nicht verzichtet werden. Ebenso besitzt eine gewöhnliche Dachkonstruktion (Holzbalken, Ziegel) keine tragende statische Bedeutung, doch fällt das Dach unter den Bestandesbegriff. Der Bestand kann überdies Teile umfassen, die nicht nur die statische Standfestigkeit erfordert, sondern die das Wesen des Gebäudes (z.B. als Wohnhaus) ausmachen; so verstanden ist der Begriff im Sinne eines zu bewahrenden "Besitzstandes" auszulegen[56]. Der Ausdruck "konstruktive Gebäudeteile" ist deshalb zu eng.

Als Ersatz ist der Begriff "konstitutive Gebäudeteile" vorgeschlagen worden[57]; dieser Ausdruck ist jedoch m.E. nicht glücklich, weil er einerseits in der juristischen Sprache als Gegensatz zu deklaratorisch einen festen Platz hat und weil bei ihm anderseits gerade das Erhaltungsmoment kaum zum Ausdruck kommt, was Bopp zu verkennen scheint. Verwendung findet deshalb in der Folge der Begriff "elementare Gebäudeteile", der zwar etwas farblos ist, aber den erfassten Bereich am sinnvollsten wiedergibt.

Welche Bauteile im einzelnen elementarer Natur sind, lässt sich bei einem Mehrfamilienhaus normalerweise durch eine Subsumtion unter die Begriffe Bestand, Gliederung, Festigkeit (ZGB 712b II) oder Bestand und Sicherheit (WEG 5 II) feststellen, wenn auch der Jurist unter Umständen auf die Mithilfe z.B. eines Bauingenieurs angewiesen ist. Hingegen können sich dort Probleme stellen, wo gewisse Bauteile, die an sich als elementar zu bezeichnen wären, nur für einen einzelnen Stockwerkeigentümer diese Bedeutung haben (z.B. Einfamilienhäuser) oder wo Nebenräume bzw. -gebäude überhaupt nicht von besonderer Stabilität sind[58].

Das schweizerische Recht regelt im Zusammenhang mit den elementaren Gebäudeteilen gleichzeitig die Frage der äusseren Gestalt und des Aussehens des Gebäudes (ZGB 712b II 2); diese Verbindung erscheint im Rahmen einer ohnehin vorhandenen Aufzählung nicht als besonders glücklich; es wäre besser eine eigene Ziffer dafür verwendet worden. Die Erhaltung des Bestandes des Gebäudes stellt nämlich einen festen Tatbestand dar, der nicht durchbrochen werden darf; demgegenüber handelt es sich bei der äusseren Gestalt um einen relativen Begriff, der immer wieder von neuem konkretisiert werden muss anhand verschiedener Kriterien wie Lage des Gebäudes, Art der Gemeinschaft u.a. Der Ermessensbereich des Richters ist hier

54 Bopp, 31.
55 Dasselbe gilt auch für die Fenster; sie gehören zum Bestand des Hauses und dürfen vom einzelnen nicht entfernt oder zugemauert werden.
56 Bopp, 29.
57 Bärmann/Pick, § 5, N 41; Bopp, 31.
58 Dazu nachfolgend Ziff. 3.

somit weiter. Dies spielt etwa eine Rolle beim Aussenverputz, der nicht zum Bestand des Gebäudes gehört[59], sondern nur seine äussere Gestalt mitbestimmt.

2. Einzelne Beispiele[60]

a) Fundament

Die Fundamente sind gemeinschaftlich, unabhängig welcher Art sie auch immer sind; dazu gehören ebenso Stützpfähle und -mauern, um ein Absinken des Gebäudes zu verhindern, sowie Ausschachtungen[61]. Ebenso ist das Kellerwerk als gesamtes gemeinschaftlich, nicht aber die einzelnen Kellerabteile[62].

b) Böden bzw. deren Rohwerk

Nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden können diejenigen Bodenteile, die eine tragende Funktion haben; sowohl nach ZGB 712b II 2 wie nach WEG 5 II gehören die horizontalen Gebäudeteile zur Abgrenzung der einzelnen Stockwerkeinheiten zu den elementaren Teilen. Hingegen ist es zulässig, dass der einzelne Stockwerkeigentümer z.B. eigene Bodenbeläge legt.

c) Decken mit tragender Funktion

Es gilt Entsprechendes wie für die Böden[63]; besonders zu beachten ist, dass der einzelne nicht durch Löcher für aufzuhängende Einrichtungen (z.B. Kronleuchter) die Stabilität des Gebäudes tangiert. Hingegen darf ein Stockwerkeigentümer eine Stuckdecke herrichten lassen.

d) Mauerwerk

– Unzweifelhaft gemeinschaftlich sind tragende Mauern und Stützmauern; sie dienen der Stabilität des Gebäudes und dürfen deshalb nicht dem substantiellen Einwirkungsrecht der einzelnen Stockwerkeigentümer ausgesetzt sein.

59 A.A. Diester, § 5, N 6a.
60 Vgl. auch K. Müller, 18; F. Schmid, 19; Magnenat, 58 f; Bärmann/Pick, § 5, N 46 ff; Weitnauer/Wirths, § 5, N 10.
61 Bärmann/Pick, § 5, N 46.
62 K. Müller, 18.
63 Auch wenn die Teilungserklärung bestimmt, dass die Terrasse einer Eigentumswohnung "einschliesslich Bodenbelag" zum Gegenstand des Sondereigentums gehört, so sind die zugleich die Decke des Untergeschosses bildende Bodenplatte und die darauf liegende Isolierschicht trotzdem gemeinschaftliches Eigentum (AG Königstein, 8.9.1978, MDR 1979, 231).

– Ebenso sind die Umfassungsmauern gemeinschaftlich, soweit sie für den Bestand des Gebäudes notwendig sind. Dagegen fallen Stuckfassade, Aussenverputz, Fenstersimse u.a. unter den Begriff der äusseren Gestalt des Gebäudes. Ein Sonderfall liegt bei Veranden, Loggien und Balkonen vor: Zwar gehören diese nicht zu den tragenden Konstruktionsteilen des Gebäudes, doch kann sich fragen, ob sie eine Bestandesfunktion aufweisen. Eine solche Subsumtion ist m.E. jedoch abzulehnen, will man den Begriff "Bestand" nicht ins Uferlose ausdehnen; er kann nur solche Mauerteile umfassen, die notwendigerweise bei einem Haus der entsprechenden Art vorliegen müssen; der "Bestand" zielt als Komplementärbegriff zu den konstruktiven Bauteilen darauf ab, jene Mauern zu beschlagen, die zwar nicht gerade für die Stabilität unabdingbar, bei einem gewöhnlichen Hausbau aber doch nicht wegzudenken sind. Dazu gehören die Balkone nicht; ob sie zu Sonderrecht ausgeschieden werden können, entscheidet sich deshalb auf Grund des Begriffes der äusseren Gestalt des Gebäudes[64].
– Unbestritten sind nichttragende Zwischenwände im Innern der Stockwerkeinheit nicht gemeinschaftliche Teile, weil sie für die Stabilität und den Bestand des Gebäudes nicht von Bedeutung sind[65]. Dieselbe Überlegung trifft aber auch dann zu, wenn an einer nichttragenden Zwischenwand mehrere Parteien beteiligt sind, z.B. zwei Stockwerkeigentümer[66] oder ein Stockwerkeigentümer und die Gemeinschaft (Trennwand zwischen einer Eigentumswohnung und einem Gemeinschaftsraum)[67]. In Verkennung der Rechtslage wird der Charakter von gemeinschaftlichen Gebäudeteilen angenommen, obwohl eine solche Mauer weder zur Stabilität noch zum Bestand des Hauses (im Sinne der eben dargelegten restriktiven Auslegung kann in einer Verschiebung einer Trennwand zwischen zwei Eigentumswohnungen nicht schon eine Gefährdung des Bestandes gesehen werden) notwendig ist, unbewusst vielleicht in Anlehnung an die Tatsache, dass mehrere Beteiligte vorhanden sind; die Zahl der Berechtigten ist jedoch für die sachenrechtliche Zuordnung irrelevant. So wie der einzelne eine nichttragende Zwischenwand innerhalb seiner Stockwerkeinheit entfernen kann, erscheint es als zulässig, dass sich zwei benachbarte Stockwerkeigentümer oder ein Stockwerkeigentümer und die Gemeinschaft (Versammlungsbeschluss mit dem zuständigen Mehrheitserfordernis)[68] darüber einigen, eine Trennwand zu verschieben[69]. Selbstverständlich dürfen dadurch die Anforderungen der Abgeschlossen-

64 Dazu hinten § 7 III C 3.
65 Statt vieler: Friedrich, § 4 Abs. 2; Bärmann/Pick, § 5, N 3.
66 A.A. Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 11 und Ruedin, 7.
67 A.A. K. Müller, 18; Bärmann/Pick, § 5, N 5 f.
68 An einer solchen Mauer besteht somit ein Mitsonderrecht bzw. Mitsondereigentum (in Deutschland teilweise ungenau auch abgesondertes Miteigentum genannt: vgl. Bärmann/Pick, § 5, N 66; betr. Mitsondereigentum Weitnauer/Wirths, § 5, N 17; Staudinger/Ring, § 5, N 6; Soergel/Baur, § 5, N 4, je aber bezüglich der Trennwand zwischen zwei Stockwerkeinheiten von einzelnen; zur Problematik eingehender hinten § 8 IV B). Dass faktisch wohl in den überwiegenden Fällen kein Unterschied besteht, ob eine solche Zwischenmauer als gemeinschaftlicher Teil oder als Mitsonderrecht zwischen der Gemeinschaft und dem betroffenen Stockwerkeigentümer bezeichnet wird (ausser bei unterschiedlichen Beschlussfassungsvorschriften), ändert nichts daran, dass hinsichtlich der Rechtszuständigkeit der differenzierten Betrachtungsweise gefolgt wird.
69 Vgl. auch hinten § 8 IV B.

heit und des eigenen Zuganges der Stockwerkeinheiten nicht tangiert werden und es sind die Voraussetzungen einer allfälligen Wertquotenänderung zu berücksichtigen[70].

e) Dach

Ein Dach gehört zum Bestand des Hauses; eine Ausscheidung zu Sonderrecht ist deshalb ausgeschlossen. Insbesondere kennen das schweizerische und das deutsche Recht (im Gegensatz zum italienischen) kein Aufstockungsrecht des obersten Stockwerkeigentümers[71].

Ob es sich um ein konventionelles Giebeldach (mit Holzverstrebungen und Ziegeln bzw. Eternit) oder um ein Flachdach handelt, spielt keine Rolle. Umstritten ist jedoch die Ausscheidung von Zinnen und insbesondere von Dachterrassen bei Flachdächern zu Sonderrecht. Wiederum ist davon auszugehen, dass Dachterrassen keine konstruktiven Bauteile darstellen; ebenso vermag nach der erwähnten Umschreibung des Bestandesbegriffes dieser den Sachverhalt nicht zu treffen, denn der Stockwerkeigentümer einer Dachterrasse hat gar keine Möglichkeit, rechtliche oder tatsächliche Verfügungen zu treffen, die zu einer wirtschaftlich gemeinschaftswidrigen Verwendung der elementaren Gebäudeteile führen könnten[72]; der Bestand des Hauses wird also nicht tangiert. Immerhin ist nicht zu übersehen, dass die potentielle Gefahr der Schädigung von gemeinschaftlichen Teilen (v.a. Dach) grösser ist als z.B. innerhalb einer Eigentumswohnung oder bei einem Balkon; aus dieser erhöhten Gefährdung darf jedoch nicht der dogmatische Schluss gezogen werden, der Dachterrasse komme Bestandeseigenschaft zu. Ob an einer Dachterrasse Sonderrechte eingeräumt werden dürfen oder ob man sich mit Sondernutzungsrechten begnügen muss, hängt somit ebenfalls von der Auslegung des Begriffes "äussere Gestalt" des Gebäudes ab[73].

3. Die Rechtsverhältnisse bei Einfamilienhäusern und Nebengebäuden im besonderen

a) Einfamilienhäuser

aa) Nach herrschender Rechtsprechung und Lehre ist es zulässig, auf einem ungeteilten Grundstück Stockwerkeigentum an mehreren Einfamilienhäusern zu begründen, auch wenn öffentlich-rechtliche Parzellierungsvorschriften eine Trennung der Grundstücksflächen nicht verhindern würden[74]. Eine solche Ausgestaltung mag

70 Dazu hinten § 9 III.
71 Dazu hinten § 19 I.
72 Es verhält sich anders, als wenn ein Stockeigentümer auf Grund eines Aufstockungsrechtes das Dachgerippe beeinträchtigen oder eine nicht konstruktive Aussenmauer durchbrechen könnte.
73 Eingehend hinten § 7 III C 3 d.
74 Vgl. eingehend vorne § 6, 3.

zwar nicht den ursprünglichen Intentionen des Gesetzgebers entsprochen haben, weil dadurch die angestrebte Erweiterung der Eigentumsstreuung kaum erreicht wird und die Kosten für weniger vermögliche Bevölkerungskreise nicht gesenkt werden; obwohl also der Gesetzgeber in der Schweiz wie in Deutschland vom Modellfall eines Mehrfamilienhauses ausgegangen ist, erheben sich dennoch keine durchschlagenden dogmatischen Bedenken gegen die Einräumung von Stockwerkeigentum an Einfamilienhäusern[75].

In einer solchen Gemeinschaft ist die Verbindung unter den Stockwerkeigentümern naturgemäss lockerer. Übertrieben ist aber, davon auszugehen, dass ein dem Einzelinteresse am Sonderrecht vorgehendes Gemeinschaftsinteresse regelmässig nicht besteht[76]. Die abgeschwächte Verbundenheit der Stockwerkeigentümer hat aber doch dazu geführt, dass – ausgehend von einem einlässlich begründeten Entscheid des OLG Köln aus dem Jahre 1961[77] – ein Teil der Rechtsprechung und Lehre der Meinung ist, es könne der ganze Einfamilienhausbau zu Sonderrecht ausgeschieden werden (inklusive Fundament, tragende Mauern, Dach, Treppenhaus, Heizung usw.), vorausgesetzt jedenfalls, dass die Interessenbereiche der einzelnen Gemeinschafter (abgesehen von Grund und Boden sowie den gemeinsamen Zuleitungen) sich nur auf das betreffende Gebäude erstrecken[78]; eine beachtliche Zahl von Autoren betrachtet demgegenüber eine diesbezügliche Vertragsgestaltung als mit dem Wesen des Stockwerkeigentums nicht vereinbar[79,80].

Im Gegensatz zur Schweiz ist die Kontroverse in Deutschland ausgiebig diskutiert worden. Dies mag u.a. daran liegen, dass die Einräumung von Sondereigentum wesentlicher erscheint als nur diejenige von Sonderrechten, weil in diesem Fall ohnehin alle Gebäudeteile im Miteigentum stehen[81]. Es darf aber nicht übersehen werden, dass dem Sonderrechtsinhaber dieselben Rechte hinsichtlich der Eigentümerstellung wie dem Sondereigentümer zukommen (insbesondere das Recht zur baulichen Ausgestaltung derjenigen Gebäudeteile, die ihm als Sonderrecht zustehen); was im folgenden zum deutschen Recht gesagt wird, gilt deshalb sinngemäss auch für die schweizerischen Verhältnisse.

75 Liver, Berner Notar 1969, 328 f; Bärmann/Pick, § 5, N 20.
76 So zu Unrecht Bopp, 48.
77 OLG Köln, 17.7.1961, NJW 1962, 156 ff.
78 OLG Köln, 17.7.1961, NJW 1962, 156 ff (auch DNotZ 1962, 210 ff mit ablehnender Anmerkung von Hermann Weitnauer); OLG Frankfurt, 9.1.1963, NJW 1963, 814 ff (mit ablehnender Anmerkung von Hans Diester); Bärmann/Pick, § 3, N 21 ff, § 5, N 42 sowie Kurzkommentar, 30; Soergel/Baur, § 5, N 1; Erman/Westermann, § 5, N 3; Westermann, Sachenrecht, 339; Hurst, 286 ff; Bopp, 53 (nach eingehender Darstellung); für die Schweiz F. Schmid, 91 (in Anlehnung an Bärmann).
79 BGH, 3.4.1968, BGHZ 50, 56 ff; LG Köln, 14.11.1960, NJW 1961, 322 ff (als Vorinstanz zum erwähnten Entscheid des OLG Köln); BayObLG, 10.11.1961, NJW 1962, 492 f (wenn auch nur beiläufig als obiter dictum); OLG Frankfurt, 13.1.1975, Rechtspfleger 1975, 179 (unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung); Staudinger/Ring, § 3, N 18; Weitnauer/Wirths, § 3, N 14b und § 5, N 10; Wolff/Raiser, 357; Diester, NJW 1961, 1330, Rechtspfleger 1965, 198 f, Rechtsprechung, 99 f, NJW 1970, 1109 und Rechtsfragen, N 118 f, N 168; Degenhart, 28 f; Hauger, 65 f; Röll, DNotZ 1977, 69 und die in der vorgehenden Anmerkung zitierten Urteilsbeiträge von Weitnauer und Diester; für die Schweiz (nur sinngemäss, nicht ausdrücklich) Friedrich, § 5, N 6.
80 Trotz des höchstrichterlichen Entscheides (BGHZ 50, 56 ff) soll angesichts der recht knappen Begründung und der Umstrittenheit dieser Frage eingehender (auch im Hinblick auf weitere Folgen) darauf eingegangen werden.
81 Mit diesem Gedanken relativiert die Botschaft zum Stockwerkeigentum (BBl 1962 II 1513) die Abgrenzung zwischen Sonderrecht und gemeinschaftlichen Teilen überhaupt.

bb) Der Gesetzgeber hat offensichtlich nicht daran gedacht, dass auch Wohnungseigentum nur an mehreren Einfamilienhäusern begründet werden könnte; es fehlt eine entsprechende Regelung. Die OLG Köln und Frankfurt[82] sind deshalb davon ausgegangen, dass eine Gesetzeslücke vorliege, die auf dem Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu füllen sei; dieser Argumentation sind Weitnauer[83] und Diester[84] – sowie ihnen ohne weitere Begründung folgend der BGH[85] – entgegengetreten: Es liege keine Gesetzeslücke vor, denn wenn dem Gesetzgeber bewusst gewesen wäre, dass er diesen Fall grammatikalisch nicht geregelt habe, hätte er keine andere Regelung getroffen. Damit vermengen sie jedoch das allfällige Vorliegen einer gesetzlichen Lücke mit deren Ausfüllung; das Eingeständnis des Gesetzgebers, dass er eine Frage nicht behandelt hat, die er eigentlich hätte behandeln müssen[86], präjudiziert die Frage, wie nachträglich tatsächlich entschieden wird, in keiner Weise. Nach unbestrittener deutscher Lehre liegt eine offene Lücke dann vor, "wenn das Gesetz für eine bestimmte Fallgruppe keine Regel enthält, die auf sie anwendbar wäre, obgleich es nach seiner eigenen Teleologie eine solche Regel enthalten sollte"[87]. Dieser Tatbestand trifft aber vorliegend zu; der Gesetzgeber hat den Fall der Ausscheidung von Wohnungseigentum an Einfamilienhäusern nicht gesehen und darum dessen Regelung unterlassen. Liegt eine offene Gesetzeslücke vor, "so geschieht ihre Ausfüllung zumeist im Wege der Analogie oder des Rückgangs auf ein im Gesetz angelegtes Prinzip"[88]; die Tatbestände müssen also in den für die rechtliche Bewertung massgebenden Hinsichten übereinstimmen.

cc) Vor der genaueren Abklärung der Frage, wie die bestehende Lücke ausgefüllt werden soll, ist danach zu fragen, welche Auswirkungen der Entscheid für die eine oder andere Lösung haben könnte. Der Unterschied ist von der praktischen Seite her an sich nicht sehr evident: Ob nun Alleineigentum oder gemeinschaftliches Eigentum besteht, vermag dennoch nur der direkt Betroffene die elementaren Gebäudeteile zu nutzen und letztlich auch zu verwalten. Hingegen zeigt sich die Differenz im Hinblick auf die Frage der Substanz: Die Betroffenen sind im Falle des Sondereigentums zum Eingriff in die Sachsubstanz ohne weiteres berechtigt; "sie können die Bauteile nach Belieben verändern, beseitigen, durch andere und andersartige ersetzen, und zwar im eigenen Namen und kraft eigenen Rechts ohne besondere Ermächtigung seitens der Miteigentümergemeinschaft. Sie greifen alsdann nicht in Rechte Dritter ein, bewegen sich vielmehr innerhalb ihrer eigenen Herrschaftssphäre"[89]. Demgegenüber berührt im Falle des gemeinschaftlichen Eigentums jeder

82 Vorne Anm. 78.
83 Weitnauer, DNotZ 1962, 218 f.
84 Diester, Rechtspfleger 1965, 199.
85 BGHZ 50, 61.
86 Dieses Eingeständnis mag Weitnauer als mit der Gesetzesabfassung betrauten Ministerialreferenten treffen; bezeichnend ist auch, dass sich Diester der Auffassung Weitnauers wiederholt deshalb anschliesst, weil er Ministerialreferent gewesen sei (Rechtspfleger 1965, 199; Rechtsprechung, 32).
87 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1975, 362; entsprechend für die Schweiz Meier-Hayoz, Einleitung, Art. 1, N 271, 274 (echte Lücke).
88 Larenz (Anm. 87), 366.
89 Hurst, 135.

Eingriff auch fremdes Eigentum, über das die direkt Betroffenen nur insoweit verfügen dürfen, als dies ihnen die Gemeinschaft aller Beteiligten gestattet.

Welche Lösung den Intentionen des Gesetzgebers eher entspricht, ist von der Struktur des Rechtsinstitutes her zu beantworten. Es fragt sich insbesondere, welche Gründe den Gesetzgeber dazu bewogen haben, gewisse Einrichtungen und Bauteile für gemeinschaftlich zu erklären. Das zu Wohnungseigentum aufgeteilte Gebäude bildet wirtschaftlich eine Einheit; elementare Bauteile sollen dabei deshalb nicht aufgeteilt werden können, weil durch die allfällige Ablösung vom Ganzen wirtschaftliche Werte zerstört werden könnten (wesentliche Herabsetzung des Wertes); lässt man sich von diesen wirtschaftlichen Überlegungen leiten, so findet die Bindung elementarer Bauteile an das Ganze dort eine Grenze, wo die Sonderzuordnung nicht zur Auflösung der vom Gesetz angestrebten Einheit führen kann[90]. Neben diese materielle Komponente tritt aber m.E. noch die ideelle[91]: Die Stockwerkeigentümergemeinschaft stellt auch äusserlich ein Ganzes dar, dessen Zustand durch Substanzeingriffe allenfalls gefährdet erscheint[92].

dd) Für die Ansicht, dass elementare Bauteile zu Sondereigentum ausgeschieden werden können, spricht das gesetzgeberische Ziel, dem Wohnungseigentümer einen möglichst weitgehenden Herrschaftsbereich in Form des Alleineigentums[93] einzuräumen, weshalb zwingend nur dort kein Sondereigentum vorliegen kann, wo es die Gemeinschaftsinteressen nicht zulassen[94]. Weitere Argumente, die für die Sondereigentumsfähigkeit sprechen, sind:

- Der einzelne fühlt sich – auch psychologisch – stärker als Alleineigentümer[95]; für ihn steht die Eigentumswohnung, nicht der Miteigentumsanteil im Vordergrund[96].
- Eine klare Abgrenzung der Eigentumssphären ist nicht nur ein Gebot der Praktikabilität, sondern vermindert auch die Gefahr von Streitigkeiten[97].
- Die andern Stockwerkeigentümer haben lediglich eine rein formale, jeden materiellen Gehaltes bare Eigentümerstellung, weil es sich de facto um den alleinigen Herrschaftsbereich des direkt Betroffenen handelt[98].
- Die Beleihung des einzelnen Wohnungseigentums ist leichter, weil sein Wert durch die elementaren Bauteile erhöht wird[99].

90 Hurst, 145.
91 Diese Komponente scheint Hurst in seiner dogmatisch sehr differenzierten Abhandlung zu übersehen.
92 Vgl. dazu eingehender nachfolgend ee.
93 Für die Schweiz: ein möglichst alleineigentümerähnlicher Herrschaftsbereich (BBl 1962 II 1468).
94 Eingehend das OLG Frankfurt (Anm. 78); vgl. auch Hurst, 291 f.
95 OLG Köln, NJW 1962, 158 f.
96 Unrichtig jedoch Bopp, 53, wonach das Sondereigentum wirtschaftlich im Vordergrund steht: Die gemeinschaftlichen Teile und Einrichtungen sind wirtschaftlich bedeutungsvoller (vgl. vorne § 7 I), doch kauft der Erwerber seine Einheit psychologisch wegen des Alleineigentums.
97 Bärmann/Pick, § 3, N 23 und KK, 30.
98 So Hurst, 287 f; dieser Argumentation kann jedoch nicht vollständig gefolgt werden, weil den übrigen Stockwerkeigentümern immerhin noch das Mitbestimmungsrecht dort zusteht, wo es um – nicht unwesentliche! – Fragen der Substanz geht (was Hurst, 135, selber feststellt).
99 Hurst, 288 f.

– Nachteilige Auswirkungen auf die umliegenden Häuser sind kaum zu erwarten, auch nicht durch Veränderung der äusseren Gestalt; es fehlt der Gemeinschaft ein über WEG 14 hinausgehendes schutzwürdiges Interesse[100,101]. Um nach der Verkehrsanschauung ganz erhebliche Veränderungen zu verhindern, lassen sich entsprechende Beschränkungen vereinbaren.

Weder für noch gegen diese Auffassung spricht die Frage der Kostenverteilung. Bei Einfamilienhaussiedlungen bedarf der Verteilungsschlüssel ohnehin einer sehr sorgfältigen Ausarbeitung; es ist kaum denkbar, dass einfach auf die Wertquoten abgestellt wird. Normalerweise erscheint es – unabhängig von der sachenrechtlichen Zuordnung – am sinnvollsten, jeden Stockwerkeigentümer die Kosten des von ihm allein bewohnten Hauses tragen zu lassen[102].

ee) Demgegenüber kann für die Unzulässigkeit der Ausscheidung der elementaren Bauteile zu Sondereigentum angeführt werden, dass der Miteigentumsanteil rechtlich im Vordergrund steht und das Sondereigentum nur ein Anhängsel darstellt[103]; WEG 3 I als Ausnahme von BGB 93/94 ist deshalb restriktiv auszulegen[104]; das Akzessionsprinzip soll gesetzlich nur so weit durchbrochen werden, als eine wirtschaftlich sinnvolle Sphäre des Alleineigentums geschaffen wird[105]. Zudem dürfte auch die Loslösung des ganzen Gebäudes vom Boden, wie dies sonst nur beim Erbbaurecht (in der Schweiz beim Baurecht) möglich ist, der ratio legis des WEG widersprechen.

In der Diskussion wenig Beachtung hat bisher der – m.E. nicht zu unterschätzende – Gesichtspunkt gefunden, dass durch die Verwendung des Sondereigentums gemäss WEG 5 I a.E. die äussere Gestalt des Gebäudes nicht verändert werden darf[106]. Eine Umgestaltung der Fassade oder ein neuer, ungewöhnlicher Aussenverputz ist nicht möglich, weil eine solche "Sonderaktion" die Einheit der Gemeinschaftsbaute stören würde. Sollen bei Einfamilienhäusern die elementaren Gebäudeteile zu Sondereigentum ausgeschieden werden können, müsste konsequenterweise dasselbe auch für die nach aussen wirkenden Bestandteile gelten, zumal eine Trennung z.B. von Umfassungsmauer und Aussenverputz ohnehin nicht möglich ist. Damit wird zwar erreicht, dass die Wohnungseigentümer praktisch als vollständige Alleineigentümer nur noch durch das Grundstück vereinigt sind; anderseits wachsen die dogmatischen Bedenken dagegen noch, weil damit die Grundlage des Gemeinschaftsver-

100 Erman/Westermann, § 5, N 3.

101 Gegenüber dieser Ansicht sind erhebliche Zweifel angebracht (eingehender vgl. nachfolgend ee): Dem einzelnen wird es kaum gleichgültig sein, wie der Nachbar (der etwa die Grenzabstandsvorschriften für das Alleineigentum nicht beachten muss) sein Haus baulich umgestaltet und man darf diesem Interesse auch nicht die Schutzwürdigkeit einfach absprechen, zumal vorauszusehen ist, dass die Rechtsprechung bei Einfamilienhäusern den Anwendungsbereich von WEG 14 restriktiver fassen würde.

102 Ohne vertragliche Regelung könnte es im Falle der Einräumung von Sondereigentum an den elementaren Gebäudeteilen eines Einfamilienhauses passieren, dass in einer gemischten Siedlung der Einfamilienhausbesitzer nur Beiträge im Rahmen seiner Wertquote zahlen müsste, obwohl sein Anteil an den Kosten (mehr elementare Bauteile, stärker ausgesetzt) prozentual wesentlich höher ist.

103 Vorne § 2 III B.

104 BGHZ 50, 60 f.

105 Weitnauer, DNotZ 1962, 219; kritisch dazu Bopp, 51 f.

106 Für die Schweiz: ZGB 712b II 2 a.E.

hältnisses, das Miteigentum, weitgehend verschwindet und zugleich auch das Mass der Rücksicht aufeinander kleiner wird[107]; negativ wirkt sich insbesondere der mangelnde Schutz vor einer baulichen Umgestaltung des Einfamilienhauses aus[108].

Auch praktische und wirtschaftliche Argumente lassen sich für diese Ansicht anführen:

- Der Sinn des Wohnungseigentums liegt darin, dass dort, wo eine Teilung nicht möglich oder nicht gewollt ist, der einzelne sich den berechtigten Interessen und Ansprüchen der Gemeinschaft anpasst[109].
- Die gemeinschaftliche Beleihung ist erschwert (nur noch Grundstückswert); im Hinblick auf eine spätere Beleihung der einzelnen Häuser soll die Willkür bei der baulichen Gestaltung (z.B. zweckwidrige Umbauten, fehlende Instandhaltung[110]) ausgeschlossen sein[111].

ff) Die Gegenüberstellung der Argumente zeigt, dass für beide Ansichten durchaus achtbare Gründe zu finden sind. Weil sich aus dem Gesetz kein eindeutiger Schluss ergibt, bedarf es einer wertenden Entscheidung, die – naturgemäss – subjektiv ist[112]. M.E. erscheinen die Gründe, die dafür sprechen, die gesetzliche Lücke mit einem "Gegenprinzip"[113] zu WEG 5 II zu füllen, nicht als ausreichend gewichtig; dogmatisch wäre dementsprechend davon auszugehen, dass genügend gleichartige Bewertungskriterien vorliegen, um beide Tatbestände (Mehrfamilienhaus und Einfamilienhaus) analog zu beurteilen, um die Gesetzeslücke also auf dem Wege des Rückgangs auf ein im Gesetz bereits angelegtes Prinzip zu füllen.

gg) Gegen die Einräumung von Sondereigentum an den elementaren Gebäudeteilen von Einfamilienhäusern spricht auch ein präventiver Gedanke: Wird nämlich eine solche vertragliche Ausgestaltung zugelassen, müsste konsequenterweise eine entsprechende Regelung ebenso beim Doppelwohnhaus – oder gar bei einer Mehrheit von Mehrfamilienhäusern – möglich sein. Die Frage, ob bei einem Doppelwohn-

107 Es erscheint unter diesem Gesichtspunkt selbstverständlich, dass bei der Anwendung von WEG 14 ein restriktiver Massstab anzulegen wäre.

108 Die Vorschriften der Landesbauordnungen können nicht als Rechtfertigung herbeigezogen werden (so zu Unrecht Bopp, 48 f); der Wohnungseigentümer muss sich nicht damit begnügen, dass ein allenfalls umgebautes Einfamilienhaus den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht, sondern er hat Anspruch auf Erhaltung des Charakters der Wohnungseigentümergemeinschaft. Nur so hat der einzelne Gewähr, dass in einer Ferienhaussiedlung nicht ein Wohnungseigentümer sein Chalet, das im Stil den anderen entspricht, niederreisst und auf dem gleichen Grundriss durch eine Stein- oder Beton-Villa ersetzt; zum Schutz der äusseren Erscheinung auch BGHZ 50, 62.

109 Diester, NJW 1963, 815 f.

110 Über eine Hintertüre bringen die Vertreter der Sondereigentumstheorie die Interessen der Gemeinschaft dennoch wieder ins Spiel: So soll der Verwalter das Recht haben, über die ordnungsmässige Instandhaltung des Gebäudes zu wachen (vgl. Hurst, 301); räumt die Gemeinschaft dem Verwalter genügende Kompetenzen ein, wäre also der Einfamilienhausbesitzer im Extremfall genau gleich beschränkt in der Ausübung seiner Rechte, wie wenn ihm kein Sondereigentum zukommen würde!

111 Weitnauer, DNotZ 1962, 220.

112 Angesichts der fehlenden gesetzgeberischen Entscheidung und der Begründbarkeit beider Argumentationen sollte m.E. auch nicht von "richtig" oder "falsch" der einen oder andern Theorie die Rede sein; vielmehr sind lediglich die einen Argumente als stichhaltiger zu bewerten.

113 Larenz (Anm. 87), 366.

haus jedem der beiden Wohnungseigentümer die elementaren Gebäudeteile zu Sondereigentum zugewiesen werden dürfen, hat sich denn bereits in der Rechtsprechung gestellt: Das BayObLG hat dabei – ausdrücklich ohne Stellungnahme zur Kontroverse beim Einfamilienhaus – entschieden, dass die elementaren Gebäudeteile zwingend gemeinschaftliches Eigentum darstellen, weil es sich nur um ein Bauwerk handle[114]; dieser Entscheid ist auch von Befürwortern der Sondereigentumsthese gebilligt worden[115], weil eine andere Interessenlage vorliege. Zumindest dann, wenn die beiden Teile durch eine doppelte Brandmauer voneinander getrennt sind, lässt sich aber konsequenterweise kaum mehr sagen, die Wohnungseigentümer müssten sich über viele nur gemeinsam zu lösende Probleme des Gemeinschaftseigentums einig werden[116]; vielmehr kann in einem solchen Fall – zumal die Einrichtungen (z.B. Heizung) häufig ebenfalls getrennt sind – sogar ein Hausteil ohne konstruktive Beeinträchtigung des anderen abgerissen werden. Dennoch muss aus den eingehend dargelegten dogmatischen Erwägungen die Einräumung von Sondereigentum als unzulässig betrachtet werden; es widerspricht den strukturellen Vorstellungen des WEG, wenn die sachenrechtliche Gemeinschaftlichkeit auf das Grundstück eingeengt wird, daneben aber schuldrechtliche Beschränkungen (z.B. hinsichtlich der äusseren Veränderbarkeit und der inneren Instandhaltung) die Eigentümerstellung relativieren.

hh) Als nächster Schritt nach dem Doppelwohnhaus würde die Überbauung mit einer grösseren Anzahl von Mehrfamilienhäusern folgen: Soll jeder Hausgemeinschaft das Sondereigentum an den elementaren Gebäudeteilen des von ihr bewohnten Gebäudes eingeräumt werden? Dogmatisch würde es sich um abgesondertes Miteigentum von Untergemeinschaften handeln[117]. Die Frage stellen heisst, sie auf Grund der bisherigen Erwägungen zu verneinen. Theoretisch lässt sich eine solche Ausgestaltung zwar konstruieren, ohne gegen einzelne Vorschriften des WEG zu verstossen[118]; das Resultat widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck des von den Wohnungseigentümern zu bildenden Gemeinschaftsverhältnisses[119]. Dadurch würden wieder die verworrenen altrechtlichen Zustände hervorgerufen, die um die Jahrhundertwende sowohl den deutschen wie den schweizerischen Gesetzgeber dazu bewogen haben, von der sachenrechtlichen Einführung des Wohnungseigentums abzusehen[120]; zugleich würde der Grundsatz der Typengebundenheit der Sachenrechtsinstitute eine nicht zu unterschätzende Durchlöcherung erfahren. Die sog. "Untergemeinschaften" verlieren überdies durch eine solche Auslegung nicht ihre Existenzberechtigung[121,122].

114 BayObLG, 12.1.1966, MDR 1966, 413.
115 Bärmann/Pick, § 3, N 23.
116 In diesem Sinne auch Hurst, 297 ff; a.A. (inkonsequent) Bärmann/Pick, § 3, N 23.
117 Vgl. die eingehende dogmatische Erfassung bei Hurst, 286 ff.
118 In einer sehr differenzierten Betrachtungsweise kommt Hurst (286 ff) zu diesem Schluss.
119 Vgl. auch Weitnauer/Wirths, § 3, N 6a.
120 Dazu Friedrich, Wiedereinführung, 37a ff und die dort zitierten Autoren.
121 Zu den Untergemeinschaften eingehender hinten § 8 IV.
122 Es ist abschliessend nochmals zu betonen, dass die nun anhand des deutschen Rechts abgehandelte Frage der Sondereigentumsfähigkeit von elementaren Gebäudeteilen (unter bestimmten baulichen Voraussetzungen) sich in entsprechender Weise für das schweizerische Recht stellt; zwar geht es nach dem ZGB nicht um die Eigentumsausscheidung, doch wird die Bedeutung des Sonderrechts dadurch gestärkt, dass es alleineigentümerähnliche Befugnisse verleiht.

b) Nebengebäude

Die Nebengebäude (Nebenräume) nehmen sowohl im ZGB wie im WEG eine Sonderstellung ein: Bei ihnen ist nicht nur das Abgeschlossenheitserfordernis gelockert[123], sondern an ihnen können – nach unbestrittener Lehre[124] – die Stockwerkeigentümer ein vollständiges Sonderrecht haben, dem also auch die Aussenmauern und das allfällige Fundament (die sog. "elementaren Gebäudeteile" des Nebengebäudes) unterliegen. Das Gesetz kennt jedoch keine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebengebäuden; Abgrenzungskriterien sind nur anhand des Einzelfalles zu finden.

Würde es nun im Belieben der Stockwerkeigentümer stehen, zu entscheiden, welche Raumeinheit sie als Haupt- und welche als Nebengebäude betrachten, liesse sich der Grundsatz der Unzulässigkeit der Einräumung von Sonderrechten an den elementaren Gebäudeteilen leicht umgehen. Auch ohne ausdrückliche Umschreibung ergibt sich jedoch eine gesetzgeberische Meinungsäusserung aus dem gesamten Kontext der Regelung: Nebengebäude liegen nur dann vor, wenn sie zur Hauptraumeinheit in einem funktionalen, v.a. wirtschaftlichen Subordinationsverhältnis stehen[125]. Ist dies nicht der Fall, wird die entsprechende Ausgestaltung eine Gesetzesumgehung darstellen[126]. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass eine funktionelle Nebensache (z.B. Werkstatt) eine nicht unerhebliche Bedeutung haben kann und für die Stockwerkeigentümergemeinschaft deshalb einen Risikofaktor darstellt; in seiner Interessenabwägung hat sich der Gesetzgeber jedoch für die Sonderrechtsfähigkeit der Nebengebäude ausgesprochen, wohl im Hinblick darauf, dass es sich vorwiegend um unbedeutende Bauten handeln werde; ist diese Ausgangslage im Einzelfall nicht gegeben, besteht immer noch die Möglichkeit, die Gestaltungsfreiheit des einzelnen durch vertragliche Nutzungsbeschränkungen und Veränderungssperren einzuengen.

C Die äussere Gestalt des Gebäudes

1. Allgemeines

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass es sich bei der "äusseren Gestalt" des Gebäudes um einen nur sehr schwach konturierten Begriff handelt[127]. Dies führt auch zu einer gewissen Relativierung in der Anwendung; bei der Festlegung des Charakters der äusseren Gestalt steht dem Richter ein weiter Ermessensspielraum

123 Dazu hinten § 8 II B.

124 Bärmann/Pick, § 3, N 18; Weitnauer/Wirths, § 5, N 12; Palandt/Bassenge, § 5, N 1; Hurst, 290; Diester, Rechtsprechung, 31; LG Köln, 14.11.1960, NJW 1961, 322 f.

125 Friedrich, § 2, N 8.

126 Typisch ist das Beispiel von Hurst (291), mit dem er die Gleichstellung von Einfamilienhäusern und Nebengebäuden herbeiführen will: Ein Stockwerkeigentümer besitzt eine 2-Zimmer-Wohnung (Haupteinheit) und eine Werkstatt (Nebeneinheit); nach der Pensionierung baut er die Werkstatt zu einer 4-Zimmer-Wohnung um und benutzt die 2-Zimmer-Wohnung noch für gelegentliche Handwerksarbeiten. M.E. kann – entgegen Hurst – überhaupt nicht zweifelhaft sein, dass bei einem solchen Vorgehen eine Gesetzesumgehung vorliegt.

127 Vorne § 7 III B 1.

offen, der wohl – mangels allgemeiner Richtlinien – vornehmlich anhand der Vorstellungen der Stockwerkeigentümer (neben der Lage und dem Standort des Gebäudes sowie seiner Art in sozialer Hinsicht) konkretisiert werden muss. Diese Ausgangslage kann zu einer Rechtsunsicherheit und vor allem, was für die Vertragsgestaltung schwerer wiegt, zu einer mangelnden Vorhersehbarkeit führen. Eine gewisse Fixierung der Rechtslage ist nur durch Entscheide der höchstrichterlichen Rechtsprechung in allgemeinen Fragen (z.B. Sonderrechtsfähigkeit einer Dachterrasse) zu erwarten, sofern diese jedenfalls durch die herrschende Lehre und allenfalls die öffentliche Meinung mitgetragen werden[128].

Der tiefere Grund für die relativierte Bedeutung des Begriffs der äusseren Gestalt des Gebäudes und damit der Rechtsunsicherheit liegt m.E. in seiner sehr bescheidenen dogmatischen Relevanz. Während die elementaren Gebäudeteile und die gemeinschaftlichen Einrichtungen einen Bezug zwischen der sachenrechtlichen Zuordnung und dem Gemeinschaftsverhältnis aufweisen, fehlt dieser bei der äusseren Gestalt fast vollständig. Der Richter steht nicht vor der Frage, ob diese oder jene Lösung eines sachenrechtlichen Zuordnungsproblems dogmatisch besser oder weniger gut mit dem Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses der Stockwerkeigentümer vereinbar ist, sondern er entscheidet über den wirtschaftlichen Sinn, die Praktikabilität oder die Zweckmässigkeit einer konkreten Anordnung. Diese unumgängliche wirtschaftliche Zweckmässigkeitsauslegung darf jedoch nicht zum Opportunismus ausarten, sondern hat sich an die funktionale Bedeutung der Norm zu halten und hat bei der Auswahl unter den vorhandenen Hypothesen das Sinnganze im Hinblick auf die Individual- und Institutszwecke im Auge zu behalten (funktionale Betrachtungsweise)[129].

Die Suche nach Grenzen bei der Frage, was noch mit der Erhaltung der vorhandenen äusseren Gestalt des Gebäudes vereinbar ist, hat überdies mit der Schwierigkeit der Vielfalt möglicher Tatbestände fertig zu werden.

- Zwar ist unbestritten, dass die Teile, welche die äussere Erscheinung ausmachen, zwingend gemeinschaftliche Teile sind; nicht selten steht aber die Gegenständlichkeit gar nicht im Vordergrund (z.B. Ausgestaltung eines Schaufensters, Benützung einer Dachterrasse).
- Den äusseren Eindruck beeinflussen nicht nur die Fassade und das Dach sowie die mit ihnen verbundenen Bestandteile (Aussenverputz, Markisen usw.), son-

128 Ein neuestes Beispiel, in dem die öffentliche Meinung dem Bundesgericht nicht gefolgt ist, stammt aus dem ehelichen Güterrecht: Das Bundesgericht hat am 18.11.1976 (BGE 102 II 313 ff) entschieden, die ehevertragliche Zuweisung des Vorschlages an den überlebenden Ehegatten dürfe den Pflichtteil der Nachkommen nicht verletzen (nach jahrelanger anderer Rechtsprechung); dies hat Nationalrat Kaspar Meier (Luzern) im November 1977 veranlasst, in einem Postulat die Schaffung der gesetzlichen Voraussetzungen, wonach dem Erblasser wieder die alte Verfügungsfreiheit zukommen sollte, zu fordern; der Nationalrat ist ihm am 15.6.1978 gefolgt, während der Ständerat das Problem erst im Rahmen der bevorstehenden Eherechtsrevision behandeln möchte; ein Entscheid in dieser Frage steht deshalb im Moment noch aus.

129 Zur funktionalen Betrachtungsweise vgl. etwa Ludwig Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, Berlin/New York 1971, 29 ff; eingehend zur funktionalen Betrachtungsweise im Lauterbarkeitsrecht auch Carl Baudenbacher, Suggestivwerbung und Lauterbarkeitsrecht, Diss. Zürich 1978, 134 ff.

dern auch bewegliche oder zumindest entfernbare Gegenstände (Blumenkisten, Hinweisschilder).

Angesichts dieser sehr unterschiedlichen vorhandenen Tatbestände und der erwähnten Relativität einer an sich zwingenden Vorschrift (man wird deshalb von einer nicht starren Unabdingbarkeit sprechen müssen), wird die Lehre eingestehen müssen, dass sie weder im Hinblick auf die Vertragsgestaltung sichere Richtlinien noch für den Richter allgemeingültige Vorstellungen formulieren kann. Massgebend ist im Einzelfall die Bedeutung, welche die konkrete bildverändernde Massnahme auf die äussere Gestalt des Gebäudes hat. Deshalb muss eine einengende, nicht alle Details erfassende Umschreibung des Begriffs der äusseren Gestalt in Betracht gezogen werden[130]. In diesem Sinne ist es sogar gerechtfertigt, von einer beschränkten Vertragsfreiheit zu sprechen[131]. Ob ein Stockwerkeigentümer somit einen nach aussen sichtbaren Bestandteil, also das ästhetische Bild des Hauses, irgendwie stört, hängt letztlich davon ab, ob seine Interessen oder diejenigen der Gemeinschaft höherrangig sind.

Die Zweckmässigkeitserwägungen im Bereiche von ZGB 712b II 2 a.E. und WEG 5 I a.E. führen also auf den Rücksichtnahme-Grundsatz von ZGB 712a II und WEG 14[132] zurück. Dass dieser hauptsächlich das Verhältnis unter den Stockwerkeigentümern bestimmt, hindert nicht, ihm auch im Bereiche der sachenrechtlichen Zuordnung eine Wirkung zuzuerkennen, nicht zuletzt deshalb, weil es bei der Frage der äusseren Gestalt des Gebäudes weniger um die Frage des formalen Rechtstitels als um die Nutzung (und damit um einen Teil des Rechtsinhaltes) geht. Zwar ist es durchaus gerechtfertigt, wenn beim Äusseren ein strenger Massstab der Rücksichtnahme angewendet wird und im Zweifel zugunsten der Aufrechterhaltung des bestehenden, von der Gemeinschaft gebilligten Zustandes zu entscheiden ist[133]. Dennoch darf nicht jede individuelle Note ausgeschlossen werden, soll nicht der Status des Stockwerkeigentümers tiefer liegen als derjenige des Mieters; insbesondere kann die Gemeinschaft nicht an jedem Detail, sondern nur am Gesamteindruck des Gebäudes interessiert gelten. "Dieser Gesamteindruck wird aber nicht von den geringsten Kleinigkeiten, sondern von der Harmonie und Symmetrie der Gebäudeausführung bestimmt, unter Abstrich all der Aussengegenstände, die das individuelle Wohnen mehrerer Parteien mit sich bringt und die normalerweise als zulässig und ohne Auswirkung auf den Gesamteindruck als architektonisch durchgestaltetes Bauwerk angesehen werden"[134].

b) Obwohl das Gesetz von der "äusseren Gestalt" spricht, meint es nicht nur die Haus-Aussenseite. Erfasst werden alle Bestandteile, die für andere Stockwerkeigentümer oder Dritte sichtbar sind. Dazu gehören insbesondere Aufmachungen im Treppenhaus; z.B. kann der einzelne die Türe zu seiner Wohnung nur auswechseln, wenn die äussere Gestaltung der bisherigen entspricht.

130 Bopp, 40.
131 Vgl. Staudinger/Ring, § 3, N 6 i.V.m. § 5, N 3 a.E. (wenn auch zu Unrecht mit Bezug auf baupolizeiliche Gesichtspunkte).
132 Eingehend dazu hinten § 12 II und IV 3.
133 Vgl. Bärmann/Pick, § 22, N 54 a.E.
134 Bopp, 40 f.

c) Um einen gemeinschaftlichen Teil, der das ästhetische Aussehen des Gebäudes prägt, handelt es sich zweifelsohne beim Aussenverputz; es ist deshalb dem einzelnen Stockwerkeigentümer untersagt, z.B. um seine Fenster eine Stuckfassade oder einen besonderen Farbanstrich anbringen zu lassen. Ebenso wäre eine Erweiterung der Fenstersimse unzulässig; hingegen darf es dem einzelnen nicht verwehrt sein, auf seinem Sims Blumenkistchen aufzustellen[135], weil dadurch keine übermässige Beeinträchtigung des Gesamtbildes des Hauses verursacht wird. Hingegen haben die Fensterläden und die Rolläden ein einheitliches Aussehen zu bewahren; ebenso dürfen vorhandene Fensterläden nicht beseitigt oder beim Fehlen solcher neue angebracht werden. Unzulässig ist es auch, wenn ein Stockwerkeigentümer von seiner Einheit aus eine Fernseh- oder Radioantenne einrichtet.

d) Weil die Rechte an Fenstern, Balkonen und verwandten Einrichtungen meist besondere Probleme stellen, empfiehlt sich in diesem Bereich eine klare und eingehende vertragliche Regelung[136]; dadurch werden dem einzelnen Stockwerkeigentümer gemeinschaftlich abgesicherte Verhaltensrichtlinien gegeben und zugleich ungewisse Ermessensentscheide über die "äussere Gestalt" (Rechtsunsicherheit) vermieden.

2. Die Fenster im besonderen

a) Die Fenster als solche können schon deshalb nicht im Sonderrecht stehen, weil sie zum Bestand der Hausfassade gehören[137]; sie bestimmen jedoch zugleich auch die äussere Gestalt des Gebäudes, weshalb ein Stockwerkeigentümer nicht ein Fenster vergrössern oder zwei kleine durch ein grosses ersetzen darf[138]. Die Fenster dienen aber ebenso der Abgeschlossenheit der Eigentumswohnung; es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit der einzelne daran Rechte hat. Teilweise ist versucht worden, die Individualrechte dadurch sicherzustellen, dass dogmatisch eine vertikale Trennung der Fenster vorgenommen wurde: Bei der Aussenseite sollte es sich um einen gemeinschaftlichen Teil, bei der Innenseite um einen Teil im Sonderrecht handeln[139]. Eine solche Konstruktion erscheint m.E. aber zu überspitzt: Wenn es sich nicht um eine Doppelverglasung handelt, müsste die Trennung der sachenrechtlichen Zuständigkeit vertikal mitten durch die Glasscheibe gehen; zudem würde es dem Charakter der äusseren Gestalt des Gebäudes widersprechen, wenn der einzelne den im Sonderrecht stehenden Teil des Fensters entfernen und durch eine Wand ersetzen könnte. Ebenso wie bei den gemeinschaftlichen Mauern sind die Interessen des Stockwerkeigentümers gedeckt, wenn er die Fenster von innen her benützen kann[140], soweit dadurch den Interessen der Gemeinschaft kein Abbruch getan wird

135 A.A. betr. Blumenkistchen auf Balkonen: Weimar, JR 1974, 58 f.
136 Vgl. etwa die einlässliche Regelung im Reglement von Michaud, Art. 17–20 (S. 103).
137 Vorne § 7 III B 1.
138 Weitnauer/Wirths, § 5, N 8; Weitnauer, DNotZ 1977, 39.
139 Bärmann/Pick, § 5, N 36.
140 Elementare Stützmauern und Querverstrebungen sind gemeinschaftliche Teile; der einzelne hat aber das Recht, Wandverkleidungen und Bodenbeläge irgendwelcher Art anzubringen, soweit dadurch die Stabilität des Hauses nicht gefährdet wird.

(z.B. Aufhängen einer Glasscheibe oder eines Scherenschnitts). Weitere Gebrauchsmöglichkeiten der Fenster sind kaum denkbar. Für den Fall, dass ein Stockwerkeigentümer aus wärmetechnischen Gründen die bisherigen Fenster durch Doppelverglasung auf eigene Kosten ersetzen will und die Gemeinschaft ihm dies verweigert[141], kann er den Richter anrufen, weil die Gemeinschaft an der Verweigerung der Zustimmung offensichtlich kein schutzwürdiges Interesse hat und ihr Verhalten somit rechtsmissbräuchlich ist[142].

b) Zweifelhafter ist die Entscheidung der Frage jedoch beim Sonderfall der Schaufenster. Diese gehören zwar normalerweise weniger zu den elementaren Bauteilen, wohl aber zum Bestand des Gebäudes; vor allem aber bestimmen sie dessen äussere Gestalt. Weil eine Veränderung, Einfügung oder Beseitigung nur so möglich ist, dass der Charakter des Gebäudes beeinflusst wird, muss es sich beim Schaufenster grundsätzlich ebenfalls um einen gemeinschaftlichen Teil handeln[143]. Damit obliegen aber dessen Nutzung und Verwaltung, zumindest was die Aussenseite betrifft, der Gemeinschaft. Diese Folge ist in praktischer Hinsicht deshalb wenig befriedigend, weil der Ladenbesitzer einerseits ein erhöhtes Interesse an der Gestaltung des Schaufensters hat (z.B. auch durch Aufkleben von Hinweisen auf der Fensteraussenseite) und es anderseits meist nicht gerechtfertigt ist, wenn die Gemeinschaft Schäden am Schaufenster zu übernehmen hätte[144]. Weiter kann es für die Geschäftsführung des Ladenbesitzers sehr hinderlich sein, wenn er jeweilen einen Entscheid des Verwalters oder der Stockwerkeigentümerversammlung, allenfalls sogar ein richterliches Verfahren abwarten muss, bis er am Schaufenster Umgestaltungen vornehmen kann. Es fragt sich deshalb, ob angesichts dieser Interessenlage die Einräumung eines Sonderrechts am Schaufenster nicht als zulässig zu erachten ist. Pick bejaht diese Frage mit der Begründung[145], es liege näher, das Eigentum (bzw. das Sonderrecht) dem Ladenbesitzer, der in erster Linie daran interessiert sei, als Bestandteil der Stockwerkeinheit zuzusprechen, ihn aber an die Beschränkung zu binden, die äussere Gestaltung des Gebäudes nicht zu verändern, als ihn an die Zustimmungsbedürftigkeit der Versammlung zu binden[146]. Auch wenn es sich um eine Durchbrechung der dogmatischen Ausgestaltung des Stockwerkeigentums handelt, erscheint diese m.E. vorliegend doch als gerechtfertigt. Wirtschaftliche und praktische Erwägungen haben ein Gewicht, das eine Ausnahme vom Grundsatz zulässt[147]; es besteht in diesem Fall zudem nicht die Gefahr, dass eine Bresche geschlagen wird, die sich an anderen Orten beliebig erweitern lässt.

141 Die Zustimmung der Gemeinschaft muss unabhängig davon eingeholt werden, ob die Fenster ein gemeinschaftlicher Teil sind oder ob sie im Sinne von Bärmann/Pick in der Mitte getrennt werden.

142 Es erscheint auch als sinnvoller, dass der einzelne, der die Veränderung bewirken will, vorgehen muss (Einholung der Zustimmung), als dass die Gemeinschaft nachträglich wieder die Rückgängigmachung (Entfernung der Veränderung) zu fordern hat.

143 In diesem Sinne auch Diester, § 5, N 6a sowie Bärmann/Pick, § 5, N 36 am Anfang.

144 Eine entsprechende Kostenregelung muss somit ohnehin getroffen werden.

145 Bärmann/Pick, § 5, N 36 a.E.

146 Für die Zulässigkeit der Begründung von Sonderrecht an Schaufenstern scheint auch F. Schmid – als von Bärmann relativ stark beeinflusster Autor – einzutreten; seine kommentarlose Bemerkung – Sonderrecht: "Schaufenster (im Zweifelsfall)" (18) – weist jedoch wenig Klarheit auf.

147 Unter gewissen Voraussetzungen wird z.B. auch der Abgeschlossenheitsgrundsatz durchbrochen (vgl. hinten § 8 II B).

Lehnt man diese Betrachtungsweise ab, so bleibt die vertragliche Möglichkeit, dem Ladenbesitzer ein erweitertes Sondernutzungsrecht (z.B. eingeschränkte Rücksicht auf die Gestalt des Gebäudes bei der Aufmachung auf der Innenseite des Schaufensters, Zulässigkeit des Aufklebens von Hinweisen auf der Aussenseite) einzuräumen.

3. Veranden, Loggien, Balkone und Dachterrassen im besonderen

a) Ob Veranden, Loggien, Balkone und Dachterrassen dem einzelnen Stockwerkeigentümer als Sonderrecht zuerkannt werden können, hat in der Literatur zu vielfältigen Kontroversen geführt. Damit eine solche vertragliche Ausgestaltung zulässig wäre, dürften diese Gebäudeteile weder von elementarer Bedeutung sein, noch die äussere Gestalt des Gebäudes bestimmen und müssten das Abgeschlossenheitserfordernis für Sonderrecht erfüllen. Dass es sich nicht um elementare Gebäudeteile handelt, ist bereits dargetan worden[148]; die Frage der Abgeschlossenheit wird später geprüft[149]; in diesem Zusammenhang ist deshalb noch zu diskutieren, ob das Wesen der äusseren Gestalt des Gebäudes die Einräumung von Sonderrechten an den genannten baulichen Einrichtungen ohnehin ausschliesst.

b) Veranden und Loggien haben nicht nur Fussböden und Decken, sondern ebenso mehrere Seitenwände; ihre äussere Gestaltung ist somit weitgehend vorgegeben[150]. Immerhin ist der Gestaltungsbereich grösser als nur hinter einem Fenster, trotz dieser erhöhten Möglichkeit, den Gesamtanblick des Gebäudes durch störende Aufmachungen zu beeinträchtigen, muss dennoch davon ausgegangen werden, dass Veranden und Loggien nicht allein dadurch bereits zwingend gemeinschaftliche Teile darzustellen brauchen. Soweit es sich um die Ausgestaltung des Innenbereichs der Veranda oder Loggia handelt, kann dem einzelnen durchaus ein Sonderrecht eingeräumt werden, soweit nicht (durch übermässige Aufmachungen, besonders auffällige Gegenstände usw.) der Anblick des Hauses getrübt wird (entsprechend zu den Fenstern und Fenstersimsen). Wenn die Umgrenzungsmauer nicht ohnehin zum Bestand des Gebäudes gehört (z.B. nur Mäuerchen oder Gitter), bestimmt sie jedenfalls die äussere Gestalt und darf als gemeinschaftlicher Teil nicht verändert werden.

c) Dieselben Erwägungen treffen auch auf Balkone zu: Der individuelle Gestaltungsbereich ist durch die vorgegebene bauliche Anlage stark eingegrenzt (Umfassungsmäuerchen bzw. Gitter sowie darüberliegender Balkon). Wenn es zwar auch leichter zu einer Störung der äusseren Gestalt des Gebäudes kommen kann als bei Veranden und Loggien, so ist dennoch das Interesse der Gemeinschaft am Innenbereich des Balkons nicht so erheblich, dass dieser Bauteil zwingend ein gemeinschaftlicher Teil sein müsste. Für die Zulässigkeit der Einräumung von Sonderrecht sprechen auch praktische und wirtschaftliche Zweckmässigkeitserwägungen, die angesichts der geringen dogmatischen Relevanz des Begriffs der äusseren Gestalt hier wegleitend sind. Im Innenbereich des Balkons muss den Stockwerkeigentümern ein

148 Vorne § 7 III B 1 und 2 e.
149 Hinten § 8 II C 3 und 4.
150 Dazu Diester, NJW 1961, 302.

gewisser freier Betätigungsbereich offenstehen, z.B. beim Ziehen von Pflanzen[151] oder Aufstellen eines transportablen Sonnenschirms[152]. Hingegen darf der äussere Bereich des Balkons vom einzelnen nicht verändert werden (z.B. Ersetzung einer Mauer durch ein schmiedeeisernes Gitter)[153]; ebenso ist es unzulässig, dass ein Stockwerkeigentümer den offenen Balkon verglast, um einen Wintergarten zu erstellen, denn dadurch würde die äussere Gestalt des Gebäudes zu stark beeinträchtigt.

d) Am stärksten ist der Anblick des Hauses durch die Möglichkeit der individuellen Ausgestaltung einer Dachterrasse gefährdet: Der zur Verfügung stehende Raum ist am grössten, eine Begrenzung nach oben fehlt und nach der Seite ist sie meist sehr beschränkt. Durch das Aufstellen eines Pavillons oder das Pflanzen von grösseren Sträuchern kann die äussere Gestalt des Gebäudes nicht unwesentlich verändert werden. Die weitere dogmatische Schwierigkeit liegt darin, dass mit der Dachterrasse dem betreffenden Stockwerkeigentümer kaum ein Bauteil zu Sonderrecht zugewiesen wird, der die äussere Gestalt bestimmt (das Dach ist ohnehin ein gemeinschaftlicher Teil), sondern die Beeinträchtigung ergibt sich erst aus der konkreten Nutzung, m.a.W. geht es weniger um die Veränderung als um die Beifügung, welche die Erhaltung des bestehenden Zustandes gefährdet. Die weiter gehenden potentiellen Möglichkeiten der baulichen Ausgestaltung sowie die grössere Empfindlichkeit der Dachterrassen (gegenüber den Balkonen) im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Umgebung lassen somit die Zulässigkeit der Einräumung von Sonderrechten als zweifelhaft erscheinen, zumal es für die Gemeinschaft schwer sein wird, eine vorhandene Einrichtung richterlich wieder beseitigen zu lassen[154].

D Gemeinsame Anlagen und Einrichtungen

1. Allgemeines

Aus den gleichen Gründen wie bei den elementaren Gebäudeteilen[155] hat der Gesetzgeber Anlagen und Einrichtungen, die ihrer Funktion nach allen Stockwerkeigentümern dienen und im gemeinsamen Interesse erstellt sind, zwingend zu gemeinschaftlichen Teilen erklärt. Dadurch wird verhindert, dass der einzelne sie zweckentfremdet verwendet und so der Gemeinschaft schadet. Dies ist deshalb von zunehmender Bedeutung, weil in modernen Überbauungen die Gemeinschaftsanlagen immer kostspieliger und zahlreicher werden. Auch bedürfen sie sorgfältiger War-

151 A.A. Weimar, JR 1974, 58 f; er ist der Ansicht, dass durch das Anbringen von Blumenkästen und auch Vogelhäuschen Ungeziefer angezogen und andere Balkone verschmutzt werden könnten. Solche Vorstellungen überspannen jedoch die zulässigen Anforderungen an die Rücksicht auf die anderen Stockwerkeigentümer.

152 Weimar, JR 1974, 59.

153 Dennoch sind die einzelnen Stockwerkeigentümer sinnvollerweise für die Instandhaltung auch der Aussenseite des Balkons vertraglich kostenpflichtig zu erklären, weil Balkone der Verwitterung stärker ausgesetzt sind und es deshalb nicht gerechtfertigt ist, die Aufwendungen auch aus Beiträgen von Stockwerkeigentümern ohne Balkon zu bestreiten (so auch Art. 19 des Reglementes von Michaud, S. 103).

154 Weiter zur Problematik der Dachterrasse hinten § 8 II C 4.

155 Vorne § 7 I.

tung, Bedienung und Unterhaltung; ein unangemessener Gebrauch kann erhebliche schädigende Auswirkungen haben[156].

2. Einzelne Beispiele

Gemeinschaftlich sind diejenigen Anlagen und Einrichtungen, deren eine Stockwerkeigentümergemeinschaft normalerweise bedarf und die allen Stockwerkeigentümern zum Gebrauch offenstehen; nicht erforderlich ist, dass sie davon tatsächlich Gebrauch machen wollen.

Das Bedürfnis, an gemeinschaftlichen Anlagen Sonderrechte zu begründen, ergibt sich dann, wenn nur ein Stockwerkeigentümer daran interessiert ist, und vor allem dann, wenn ein einzelner sie wirtschaftlich verwerten will; dieser Fall steht meist im Zusammenhang mit einer über den Bedarf des betroffenen Hauses hinausgehenden Kapazität der Anlage. Es ist deshalb beim konkreten Tatbestand danach zu fragen, ob die "gemeinsame Zweckbestimmung"[157] verlangt, dass die betreffende Anlage einen gemeinschaftlichen Teil darstellt, oder ob der funktionale Bezug zwischen ihr und der Gemeinschaft so klein ist, dass die Einräumung von Sonderrechten zulässig erscheint.

Gemeinschaftliche Anlagen und Einrichtungen sind im einzelnen[158]:

– Luftschutzkeller[159]:

Da es meist unwirtschaftlich ist, einen jahrelang leerstehenden Luftschutzkeller zu konzipieren, dient ein solcher Raum häufig zugleich als Keller für einen Stockwerkeigentümer. Dabei bestehen vertraglich zwei Möglichkeiten: Entweder handelt es sich beim Luftschutzkeller um eine gemeinschaftliche Anlage, wobei die Benützung durch einen Stockwerkeigentümer im Reglement geregelt ist, oder das Kellerabteil wird einer Eigentumswohnung als Nebenraum zugeteilt, verbunden jedoch mit der Bestimmung im Reglement, dass der Raum im Ernstfall allen Stockwerkeigentümern als Luftschutzkeller zur Verfügung stehen muss[160]. Die erste vertragliche Variante ist dabei im Hinblick auf die Sicherheit der Anlage (z.B. Dichtung) vorzuziehen.

– Waschküche:

Die Waschküche dient allen Stockwerkeigentümern, ob sie deren Möglichkeiten ausnützen oder nicht. Bei der Kostenverteilung kann jedoch neben der Grösse der Eigentumswohnung auch die Anzahl der in ihr lebenden Personen und allen-

156 BBl 1962 II 1489.
157 So die Begründung für das Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit eines Gebäudeteils in BBl 1962 II 1513.
158 Vgl. K. Müller, 18; F. Schmid, 19; Bärmann/Pick, § 5, N 33, 60 ff; Weitnauer/Wirths, § 5, N 11.
159 F. Schmid, 19, 203; Ruedin, 8.
160 Mitteilung Nr. 20, 18.

falls die Tatsache, dass ein Stockwerkeigentümer verbindlich (schriftlich) erklärt, sie nie benützen zu wollen, berücksichtigt werden[161,162]. Bei einem zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Hotel kann auch die Wäscherei ein gemeinschaftlicher Bauteil sein (Apartmenthotel)[163]; übernimmt diese Wäscherei zur besseren Auslastung aber zudem Aufträge von Dritten, erscheint es ebenso zulässig, z.B. dem Betriebsinhaber (Verwalter, Bauherr) ein Sonderrecht daran einzuräumen, weil der Anlage damit die gemeinschaftliche Zweckbestimmung teilweise verlorengeht[164].

– Trockenraum:

Es treffen dieselben Erwägungen wie bei der Waschküche zu[165].

– Eingangstüre:

Die Eingangstüre hat hinsichtlich der Frage des Geschlossenhaltens eine erhebliche Bedeutung; zuständig für die entsprechende Regelung sind alle Stockwerkeigentümer zusammen; es wäre deshalb unzulässig, die Eingangstüre z.B. dem Bewohner der Parterre-Wohnung als Sonderrecht zuzuweisen.

– Hofraum, Atrium:

Soweit solche baulichen Einrichtungen unmittelbar auf dem Boden des Grundstücks liegen, handelt es sich schon auf Grund von ZGB 712b II 1 und WEG 1 V um gemeinschaftliche Teile[166]. Ist das Atrium nur von einzelnen Eigentumswohnungen aus betretbar, kann den betreffenden Stockwerkeigentümern ein Sondernutzungsrecht – unter gleichzeitiger Belastung mit der Kostentragungspflicht – eingeräumt werden.

– Treppenhaus:

Das Treppenhaus dient allen Stockwerkeigentümern und ist deshalb zwingend ein gemeinschaftlicher Teil; darauf angewiesen ist regelmässig auch der Bewohner der Parterre-Wohnung. Die unterschiedliche Benutzung kann in der Verteilung der Kosten berücksichtigt werden. Dasselbe gilt für Vestibüle, Eingangsflure, Korridore, Säulenhallen und ähnliche bauliche Einrichtungen. Bestehen mehrere Treppenhäuser usw., können die Kosten je auf die sie benützenden Stockwerkeigentümer verteilt werden, während die anderen vom Gebrauch ausgeschlossen sind.

161 Zur Kostenverteilung im einzelnen hinten § 15.

162 Wird ein Trommelgeld verlangt (damit lässt sich die Benützungsintensität optimal einfangen), so ist dieses zweckgebunden zu verwenden (für den Unterhalt und die allfällige Neuanschaffung von Waschkücheneinrichtungen); es darf nicht für die allgemeinen Gemeinschaftsaufgaben eingesetzt werden, weil im Falle der Kostenverteilung nach Wertquoten derjenige mit einem hohen Anteil zu gut wegkommen würde (vgl. auch BayObLG, 15.7. 1975, NJW 1975, 2296 f).

163 Bundesgericht, 21.9.1973, BGE 99 Ib 440 ff.

164 Es gelten die entsprechenden Grundsätze wie bei der Heizung (nachfolgend Ziff. 3).

165 Zu Unrecht geht Friedrich davon aus, dass es sich nur um einen gewillkürt gemeinschaftlichen Teil handle (§ 5, Ziff. 2).

166 Vorne § 7 III A.

– Lift:

Es gilt Entsprechendes wie für das Treppenhaus: Die ungleiche Benützung kann nur in der Kostenverteilung, nicht aber in der sachenrechtlichen Zuordnung ihren Niederschlag finden[167].

– Gemeinsame Einstellräume:

Zu denken ist etwa an Räume für Brennmaterial[168] oder zur Einstellung von Fahrrädern.

– Gemeinschaftsräume:

In Frage kommen etwa Bastel- oder Fernsehräume; ob auch Filme gezeigt werden dürfen, bei denen die Anwesenheit Dritter zulässig ist, hängt vom Charakter des Hauses und der Stockwerkeigentümergemeinschaft ab[169].

– Küche:

Eine Küche kann ein gemeinschaftlicher Teil sein, wenn es sich um ein zu Stockwerkeigentum aufgeteiltes Hotel handelt; es gilt Entsprechendes wie für die Wäscherei.

– Kamin:

Je nach der Bauart des Hauses ist der Kamin nicht nur eine gemeinschaftliche Einrichtung, sondern zugleich ein elementarer Gebäudeteil.

– Zentrale Heizungsanlage:

Vgl. die spezielle Darstellung (nachfolgend Ziff. 3).

– Zentrale Klimaanlage:

Wie die Heizung berührt die Klimaanlage alle Stockwerkeinheiten und ist deshalb gemeinschaftlich. Wird jedoch im Keller eine spezielle Tiefkühlstation eingerichtet, kann diese nicht nur zu einem gemeinschaftlichen Raum, den alle mitbenützen dürfen, erklärt werden, sondern es ist auch möglich, an ihm ein Sonderrecht zu begründen, insbesondere wenn der Kühlraum allgemein für gewerbliche Zwecke verwendet wird.

– Gemeinschaftliche Antennenanlage:

Solche Antennenanlagen sind gemeinschaftliche Teile, wenn sie nur den Stockwerkeigentümern des entsprechenden Wohnhauses dienen, zumal sie überdies die äussere Gestalt des Gebäudes mitbestimmen. Ausnahmsweise erscheint aber dann die Einräumung von Sonderrechten als zulässig, wenn nicht nur das Haus, auf dem die Anlage steht, sondern eine ganze Überbauung an ihr angeschlossen

167 Eingehend dazu hinten § 8 IV C und D.
168 F. Schmid, 19, 203.
169 Vgl. hinten § 12 III.

ist[170,171]. In diesem Fall erscheint die alleinige Entscheidungsmacht nur einer Hausgemeinschaft nicht als gerechtfertigt; das Sonderrecht kann z.B. nur dem Bauträger (dessen Rechte dürfen aber nicht zu einer missbräuchlichen Ausnützung der Stockwerkeigentümer führen) oder allen Beteiligten (z.B. als einfache Gesellschaft) eingeräumt werden.

– Leitungen:

Die Leitungen (Strom, Wasser, Gas) sind bis und mit den Abzweigungen zu den Einheiten gemeinschaftlich[172], auch wenn der Erdgeschossbewohner an den im Gebäude höher gelegenen Leitungen allenfalls nicht interessiert ist. Sie bleiben gemeinschaftlich, auch wenn sie durch Räume im Sonderrecht führen. Die Funktionsfähigkeit des Leitungsnetzes erfordert eine solche zwingende Regelung. Bei der Gestaltung der Verträge ist besonders der genauen Abgrenzung der Stellen, an denen die individuellen Leitungen beginnen, Beachtung zu schenken, weil dies für die Unterhaltspflicht von Bedeutung ist (z.B. Verstopfung des Toiletten-Abflusses); für eine – auch nur teilweise – verschuldete Beschädigung oder Funktionsbeeinträchtigung der gemeinschaftlichen Leitungen ist der entsprechende Stockwerkeigentümer haftpflichtig[173].

– Schwimmbad:

Sofern das Schwimmbad im Garten eingebaut wird, ist es ein zwingend gemeinschaftlicher Teil (ZGB 712b II 1; WEG 1 V)[174]. Die Kostenverteilung ist dabei im Reglement vorzunehmen[175]; eine sachgerechte Regelung unter Berücksichtigung der Benutzungsintensität dürfte jedoch oft nicht unbedeutende Schwierigkeiten mit sich bringen. Wird das Schwimmbad in einem abschliessbaren Raum im Keller errichtet, ist die Begründung von Sonderrechten denkbar. Berechtigter kann dabei ein Stockwerkeigentümer[176] oder aber eine Untergemeinschaft sein, die sich für das Schwimmbad als einfache Gesellschaft (Gesamteigentum) oder als Miteigentümergemeinschaft konstituiert.
Soll das Schwimmbad erst in einem späteren Zeitpunkt erstellt werden, handelt es sich um eine luxuriöse bauliche Massnahme (ZGB 647e I) bzw. um eine erhebliche bauliche Veränderung (WEG 22 I), die der Einstimmigkeit bedarf; vorbehalten bleibt jedoch die Ausführung der Erstellung trotz des Widerspruches einzelner, wenn ihnen die dadurch verursachte Beeinträchtigung zumutbar ist und sie keine Kosten treffen[177,178]. Ein solches Schwimmbad stellt grundsätzlich

170 Es gilt Entsprechendes wie für die zentrale Heizungsanlage (nachfolgend Ziff. 3).
171 In diesem Sinne auch Röll, Teilungserklärung, 22.
172 K. Müller, 19.
173 Bärmann/Pick, § 5, N 34.
174 Vorne § 7 III A.
175 Dazu hinten § 15 II.
176 Bei einer frühzeitigen Ausscheidung und Verknüpfung mit einer Stockwerkeinheit besteht jedoch die Gefahr, dass der Bauträger diese oft nur schwer verkaufen kann.
177 Vgl. eingehend hinten § 17 III D und § 18 III B.
178 Röll, Teilungserklärung, 22 will zu Unrecht eine Mehrheitsentscheidung genügen lassen, die überdies eine Kostentragungspflicht für alle Wohnungseigentümer zur Folge haben soll.

einen gemeinschaftlichen Teil dar. Dies ist nicht nur bei Mehrfamilienhäusern, sondern ebenso bei Terrassen-Einfamilienhäusern der Fall: Bei einer seitlichen Erweiterung der Räumlichkeiten ist dies ohnehin klar, weil gemeinschaftlicher Boden beansprucht und die äussere Gestalt der Überbauung verändert wird; nichts anderes gilt aber auch für Erdausschachtungen nach hinten, denn das Sonderrecht des einzelnen erstreckt sich nicht in den Erdraum hinein[179]; dem erdnächsten Stockwerkeigentümer soll nicht die Möglichkeit offenstehen, das gemeinsame Gebäude zu untergraben[180]. Sofern die allgemeinen Voraussetzungen vorliegen (Abgeschlossenheit, eigener Zugang), kann an einem nachträglich erstellten Schwimmbad auch ein Sonderrecht begründet werden; zu beachten ist aber die dadurch allenfalls notwendig gewordene Veränderung der Wertquoten[181].

– Sauna-Anlagen:

Grundsätzlich sind Sauna-Anlagen ein gemeinschaftlicher Teil; die Begründung von Sonderrechten ist aber unter den gleichen Voraussetzungen wie bei Schwimmbädern möglich. Die wirtschaftliche Situation von Sauna-Anlagen ist insoweit anders als diejenige von Schwimmbädern, als sie normalerweise weniger Platz brauchen und ihre Einrichtungs-, Betriebs- und Unterhaltskosten billiger sind; die Kosten können dabei nach der effektiven Benutzung umgelegt werden, weil diese ohne besondere Aufwendungen feststellbar ist (z.B. durch das Abholen des Schlüssels beim Hauswart)[182].

3. Zentrale Heizungsanlagen im besonderen

a) Es ist in der schweizerischen[183] wie in der deutschen[184] Lehre unbestritten, dass die zentrale Heizungsanlage an sich zwingend ein gemeinschaftlicher Teil ist. Sofern sie die Bewohner des betreffenden Hauses mit Wärme und Warmwasser versorgt, handelt es sich zweifelsohne um eine gemeinschaftliche Anlage.

In den letzten Jahren ist jedoch von seiten der Bauherren oder Bauträger vermehrt der Wunsch geäussert worden, die Heizungsanlagen als Sonderrecht, verbunden mit einem Miteigentumsanteil, für sich zu behalten und mit den einzelnen Stockwerkeigentümern Wärmelieferungsverträge abzuschliessen. Neben den rechtlichen Bedenken gegenüber der Ausgestaltung zu Sonderrecht besteht bei den Erwerbern der Eigentumswohnungen auch wirtschaftlich insoweit eine gewisse Skepsis, als sie darin einen aus rein finanziellen Gründen ausgeübten Zwang mit unerwünschten Abhängigkeiten sehen und eine unnötige Erhöhung der Heizungskosten

179 Vorne § 7 III A.
180 Bärmann/Pick, § 5, N 46; Diester, Rechtsfragen, N 268.
181 Hinten § 9 III.
182 Röll, Teilungserklärung, 23.
183 Friedrich, § 2, N 6 und SJK 1302, 6; F. Schmid, 19; K. Müller, 18; vgl. auch Liver, Marxer, 198 und Meier-Hayoz, Art. 647d, N 17.
184 Bärmann/Pick, § 5, N 33; Weitnauer/Wirths, § 5, N 8; Hauger, 67; Diester, Rechtsfragen, N 130; Röll, Teilungserklärung, 21.

befürchten[185]. Die Entwicklung der Ausgestaltung von Heizungsanlagen zu Sonderrecht ist denn auch stärker von der Tatsache der immer grösseren Gesamtüberbauungen mit zentralen Energiewerken gefördert worden: In der Tat kann es sich fragen, ob der gesetzgeberische Grundgedanke der gemeinschaftlichen Zweckbestimmung[186] noch herangezogen werden kann, wenn die Heizungsanlage in einem zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäude auch noch weitere Häuser mit Eigentumswohnungen oder sogar ausserhalb des Grundstücks liegende Dritte mit Wärme versorgt, ob also die gesetzliche Ordnung in solchen Sonderfällen gerechtfertigt ist.

Dieses Problem hat sich in Deutschland angesichts der stärkeren Tendenz zu Grossüberbauungen in erhöhtem Masse gestellt und ist in den vergangenen Jahren auch eingehend diskutiert worden; es wird deshalb im folgenden vorerst auf den Meinungsstand nach deutschem Recht eingegangen und hernach eine Darstellung der schweizerischen Verhältnisse vorgenommen.

b) Die älteren deutschen Kommentare haben zur Frage der Sondereigentumsfähigkeit von Heizungsanlagen nicht Stellung genommen; auch die Rechtsprechung ist spärlich, wobei überdies meist eine andere Frage im Vordergrund gestanden ist[187]. Eine erste einlässliche Entscheidung in der Sache selbst fällte das LG Bayreuth im Jahre 1972[188]: Es bejahte dabei die Zulässigkeit der Einräumung von Sondereigentum an einer zentralen Heizungsanlage, die 144 Eigentumswohnungen und 127 Ein- und Zweifamilienhäuser versorgen sollte. Das LG begründete seinen Entscheid damit, dass die Heizungsanlage nicht nur den Wohnungseigentümern des betreffenden Blocks diene, sondern darüber hinaus dem sich über mehrere Grundstücke erstreckenden gesamten Wohnpark; somit handle es sich nicht um eine gemeinschaftliche, sondern vielmehr um eine gewerbliche Anlage, auf die WEG 5 II nicht zutreffe; eine Gefährdung der Wohnungseigentümer in der Belieferung sei trotz der persönlichen Interessen des Sondereigentuminhabers nicht ersichtlich; dieser Fall sei gleich zu behandeln, wie wenn die Heizungsanlage auf einem eigenen Grundstück stehen würde.

In gleichem Sinne entschied wenig später (20.7.1972) auch das LG Düsseldorf in einem unveröffentlichten Urteil[189]. Trotz einer kritischen Besprechung des Entscheids des LG Bayreuth[190] bestätigte das OLG Düsseldorf in einem ebenfalls unveröffentlichten Urteil[191] auf Berufung hin den Spruch der Vorinstanz; es führte dabei insbesondere aus, der Fall einer umfassenden Heizungsanlage, die den Charakter eines ganzen Versorgungsunternehmens habe, weiche so sehr von den Modellvorstellungen des Gesetzgebers ab, dass WEG 5 II nicht Platz greifen könne.

Auf eine Revision gegen das Urteil des OLG Düsseldorf hin hat auch der BGH mit Entscheid vom 8.11.1974 die Sondereigentumsfähigkeit von Heizungsanlagen anerkannt[192]. Die eher knapp gehaltenen Ausführungen (vorerst wird noch die Frage aufgeworfen, inwieweit es sich bei der Heizungsanlage um wesentliche Be-

185 Diester, Rechtsfragen, N 128, 130.
186 BBl 1962 II 1513.
187 Dazu Diester, Rechtsfragen, N 132 ff.
188 LG Bayreuth, 8.6.1972, Rechtspfleger 1973, 401.
189 Im einzelnen Diester, Rechtsfragen, N 137.
190 Conitz, 390 ff.
191 Im einzelnen Diester, Rechtsfragen, N 138.
192 BGH, 8.11.1974, NJW 1975, 688 f.

standteile handle, die das Schicksal des Gebäudes teilten) nehmen zum Ausgangspunkt, dass ein Wohnhaus überhaupt keine Heizungsanlage aufzuweisen brauche, sondern sich einer Fernheizung anschliessen könne; diese Möglichkeit des Fremdbezugs der Wärme sei jedoch nicht darauf beschränkt, dass der Wärmelieferant ein aussenstehender Dritter sei, sondern es dürfe sich auch um einen Mitwohnungseigentümer handeln.

Die Reaktion auf diese Gerichtsentscheide hin ist in der Lehre unterschiedlich ausgefallen. Neben Conitz[193] sind es vor allem Bärmann/Pick[194], die eine Ausscheidung der Heizungsanlagen zu Sondereigentum ablehnen[195]; sie sind der Ansicht, dass der BGH den rechtspolitischen Zweck von WEG 5 II verkannt habe, weil es sich bei den Heizungsanlagen auch dann noch um gemeinschaftliche Einrichtungen handle, wenn sie der Versorgung weiterer Gebäude dienten[196].

Demgegenüber vertritt wohl die Mehrheit der Lehre heute die Ansicht, in bestimmten Fällen bzw. unter gewissen Voraussetzungen sei es zulässig, an einer Heizungsanlage Sondereigentum zu begründen[197]. Es würde nämlich oft eine Überforderung der Stockwerkeigentümer bedeuten, wenn sie eine für ihr Gebäude völlig überdimensionierte Heizung verwalten müssten. Nicht gemeinschaftliches Eigentum brauche die Heizungsanlage zu sein, wenn sie nicht ausschliesslich dem gemeinschaftlichen Gebrauch diene, sondern den Charakter einer gewerblichen Anlage habe, die dem Inhaber des betreffenden Sondereigentums (Teileigentums) dienen solle[198]. Begründet wird dieses Resultat auch von der Bestandteilslehre aus: Wesentlicher Bestandteil des Gebäudes im Sinne von BGB 94 II könne die Heizungsanlage nicht sein, weil sie nicht "zur Herstellung des Gebäudes" eingefügt worden sei, sondern zum Gebäude in einem gleichen Verhältnis stehe wie eine ausserhalb liegende Fernheizungsanlage[199]. Zu berücksichtigen ist überdies, dass einzelne Teile der Heizungsanlage ohnehin sonderrechtsfähig sind (z.B. Pumpe, Brenner, evtl. auch Tank)[200].

c) Aus dem schweizerischen Recht ist erst ein Gerichtsentscheid bekannt, der sich mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob eine Heizungsanlage zu Sonderrecht

193 Conitz, 391 f; seine Begründung stützt sich vorwiegend auf BGB 94 I, wonach die Heizungsanlage nicht ohne Zerstörung erheblicher Sachwerte aus ihrer Verankerung gelöst werden könne, weshalb sie ein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, auf dem sie stehe, sei; damit geht aber Conitz an der entscheidenden Frage vorbei, denn ausschlaggebend ist die Auslegung des Begriffs des gemeinschaftlichen Gebrauchs, somit die Funktion der Heizungsanlage, und nicht die Akzessorietät der Bauteile zum Boden, die ja beim Wohnungseigentum gerade durchbrochen ist.

194 Bärmann/Pick, § 5, N 33 mit eingehender Begründung und Kurzkommentar, 32.

195 Weitere Autoren bei Hauger, 67, Anm. 43.

196 Bärmann/Pick, Kurzkommentar, 32.

197 Weitnauer/Wirths, § 5, N 8a; Weitnauer, DNotZ 1977, 39; Palandt/Bassenge, § 5, N 2; Soergel/Baur, § 5, N 1; Diester, Rechtsfragen, N 139b, 144a; Röll, 21; Hauger, 67; May, 81 ff.

198 Diester, Rechtsfragen, N 139b.

199 Vgl. Weitnauer/Wirths, § 5, N 8a; Diester, Rechtsfragen, N 140 f.

200 Hauger, 68. Analog herangezogen wird auch der Entscheid des BGH vom 27.6.1973 (BGHZ 61, 80 ff), wonach ein serienmässig hergestellter Motor auch dann nicht dessen wesentlicher Bestandteil ist, wenn das Kraftfahrzeug, in das er eingebaut wurde, nicht mehr im Eigentum des Herstellungsbetriebes steht, sondern veräussert und in Gebrauch genommen worden ist.

ausgeschieden werden kann[201]. Eine genauere Betrachtung der Begründung ist deshalb von Interesse, weil die erkennende Instanz versucht hat, die Meinung von möglichst vielen Spezialisten des schweizerischen Stockwerkeigentums in Gutachtenform einzuholen. Konkret ging es um eine Gross-Überbauung, bei der die sich in einem Gebäude befindliche Heizungsanlage sechs Gebäude versorgen sollte.

Für die Zulässigkeit der Begründung von Sonderrechten an einer Heizungsanlage hat sich das Eidgenössische Grundbuchamt in einem – sonst unveröffentlichten – Schreiben ausgesprochen[202]. Nach seiner Ansicht liegt die Rechtfertigung von ZGB 712b II 3 nur darin, dass Einrichtungen und Anlagen, die ihrer Natur und Funktion nach allen Stockwerkeigentümern zukommen, gemeinschaftlich bleiben.

"Man wollte nicht zulassen, dass einem Stockwerkeigentümer innerhalb der Gemeinschaft eine dominierende Stellung zukomme, dadurch, dass er über die Nutzung eines allen Beteiligten dienenden Teils des Gebäudes ohne Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen nach seinem Gutdünken verfügen könnte. Zu den erwähnten Teilen und Anlagen gehört auch die dem ganzen Gebäude dienende Heizanlage. Kann diese einem einzelnen Stockwerkeigentümer nicht zu Sonderrecht zugewiesen werden, so dürfte dies jedoch nicht zugleich bedeuten, dass die Bildung einer selbständigen Stockwerkeinheit hiefür schlechthin unerlaubt sei, sondern es wird in Art. 712b Abs. 2 ZGB nur zum Ausdruck gebracht, dass an solchen Teilen ein Sonderrecht eines einzelnen Stockwerkeigentümers nicht begründet werden dürfe. Erfolgt die Ausgestaltung als selbständiger Stockwerkanteil unter Umständen, die eine dauernde gemeinsame Nutzung durch alle Stockwerkeigentümer gewährleisten – wie dies bei der Begründung von unselbständigem Stockwerkeigentum wohl angenommen werden darf –, so dürften Bedenken kaum noch am Platze sein"[203]. Das Eidgenössische Grundbuchamt kommt deshalb "trotz anfänglicher Bedenken" zum Schluss, dass die verlangte Ausscheidung der Heizung zu einer Stockwerkeigentumseinheit "wohl akzeptiert werden müsste"[204].

Diese Ausführungen schneiden zu Recht zwei Problemkreise an, ohne sie aber überall scharf voneinander zu trennen, was im übrigen auch den Gedankengängen des Obwaldner Regierungsrates zum Verhängnis geworden ist[205]. Einerseits geht es darum, ob die Heizungsanlage überhaupt formell eine Stockwerkeinheit bilden kann, sofern die übrigen Voraussetzungen (Abgeschlossenheit, eigener Zugang) erfüllt sind; anderseits fragt sich, wem eine solche zu Sonderrecht ausgeschiedene Heizungsanlage gehören darf. Die erste Frage wird vom Eidgenössischen Grundbuchamt bejaht, die zweite in dem Sinne gelöst, dass Eigentümerin der Einheit "Heizungsanlage" die Gemeinschaft aller Wärmebezüger sein könne[206]; ein allfälliges Recht eines einzelnen stand gar nicht zur Diskussion.

Dass die Heizungsanlage als Stockwerkeinheit zuhanden der Stockwerkeigentümergemeinschaft ausgeschieden werden kann, wird auch in der weiteren Literatur als zulässig erachtet[207]. Insbesondere hat Liver in seinem Gutachten zu diesem Fall ausgeführt: "Sie (die Anlage) würde dann gleich zu behandeln sein wie eine Stockwerkeigentums-Einheit ... Es (das Sonderrecht) kann auch der Gemeinschaft zustehen und ist dann Objekt der gemeinschaftlichen Verwaltung wie die gemein-

201 Regierungsrat des Kantons Obwalden, ZBGR 1975, 83 ff.
202 ZBGR 1975, 83 f.
203 ZBGR 1975, 83 f.
204 ZBGR 1975, 84.
205 Zu Recht bemerkt Hans Huber in seiner Besprechung des Entscheids des Obwaldner Regierungsrates, es halte zum Teil schwer, den Gedankengängen zu folgen (ZBGR 1975, 90).
206 ZBGR 1975, 84.
207 Vgl. Friedrich, § 2, N 6 sowie § 47, N 3.

schaftlichen baulichen Anlagen und Einrichtungen"[208]. Diese Betrachtungsweise führt zwar zunächst dazu, dass ein Stockwerkeigentumsanteil, der nur die Heizungsanlage beinhaltet, lediglich zugunsten der Gemeinschaft, nicht auch zugunsten von Einzelpersonen begründet werden kann und deshalb nicht übertragbar ist; dies ist aber nicht Folge einer verfehlten dogmatischen Konstruktion beim Stockwerkeigentumsanteil, sondern eine Folge der Funktion der Heizungsanlage[209].

Geht man somit davon aus, dass die Heizungsanlage an sich zu einem Stockwerkeigentumsanteil ausgestaltet werden kann, sofern die Einheit abgeschlossen ist und einen eigenen Zugang aufweist[210], so fragt sich nun in zweiter Linie, ob Inhaber der Heizungsanlage, gestützt auf ZGB 712b II 3, nur die Gemeinschaft der betreffenden Stockwerkeigentümer oder auch ein einzelner oder die Gemeinschaft aller an der Heizungsanlage angeschlossenen Wärmebezüger sein kann. Diese Frage ist in der Lehre umstritten:

- Gegen die Zulässigkeit der Begründung von Sonderrechten eines einzelnen (bzw. einer anderen Personengruppe als die Stockwerkeigentümergemeinschaft) spricht sich Huber in seinem Gutachten aus. Nach ihm gehört die Heizungsanlage zu den zwingend gemeinschaftlichen Teilen; bei den von Friedrich und Liver erwähnten Fernheizungsanlagen handle es sich um Objekte, "die nicht zu den gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen gezählt werden können. Eine Heizungsanlage verliert nämlich ihren Charakter als gemeinschaftliche Einrichtung der Stockwerkeigentumsliegenschaft nicht schon allein deshalb, weil sie auch noch anderen Personen als nur den Stockwerkeigentümern dieser Liegenschaft dient ... Die Rechte der übrigen der Heizungsanlage angeschlossenen Grundstücke sind in anderer Form zu begründen, z.B. durch Bestellung einer Mitbenützungsdienstbarkeit"[211].
- In gleicher Weise wie Huber hat sich auch Liver in einem Gutachten zum vorliegenden Fall geäussert. Unter Herbeiziehung früherer Schriften Liver's hat der Obwaldner Regierungsrat – mit bruchstückhafter und unübersichtlicher Zitierung von Gutachtenstellen – das Gegenteil aus seinen Ausführungen herausgelesen[212]. Die Äusserungen zur Bestellung eines Baurechts an einer Fernheizungsanlage im Jahre 1959 mögen zwar eine gewisse Unsicherheit verbreiten[213]; Liver hat jedoch in einem nicht veröffentlichten Schriftenwechsel mit Hermann Weitnauer aus dem Jahre 1974 eindeutig die Ansicht vertreten, die Aussonderung

208 Liver, ZBGR 1975, 85.

209 Kritisch dazu wohl Hans Huber in seiner Besprechung des Entscheids (ZBGR 1975, 90); zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung des Problems kommt es bei Huber aber nicht, denn er setzt lediglich ein Fragezeichen hinter die Aussage, dass ein Stockwerkanteil zwar nicht zugunsten eines einzelnen, wohl aber einer geschlossenen Personengruppe begründet werden könne und deshalb nicht übertragbar sei. Diese geschlossene Personengruppe ist aber nicht irgendein Kreis, sondern die jederzeit personenmässig bestimmbare Stockwerkeigentümergemeinschaft; funktionell ist dabei in einem solchen Fall der Zweck von ZGB 712b II 3 voll erfüllt, weil alle diejenigen an der Anlage beteiligt sind, die von ihr betroffen werden, weshalb eine weitere Zwingend-Erklärung nicht gerechtfertigt ist.

210 In völliger Verkennung der Konstruktion des Stockwerkeigentums behauptet der Obwaldner Regierungsrat, die Heizungsanlage könne im konkreten Fall kein gemeinschaftlicher Teil sein, weil eine abgeschlossene Raumeinheit mit direktem Zugang bestehe (ZBGR 1975, 87); ausschlaggebend ist nämlich keineswegs das Nichtvorliegen der Sonderrechtsvoraussetzungen, sondern die Funktion und der Aufgabenbereich der Anlage.

211 Huber, ZBGR 1975, 86; auch wenn man die Ansicht Huber's nicht teilt, muss doch anerkannt werden, dass die Argumentation auf Grund des Gesetzeswortlautes vertretbar ist und jedenfalls das zentrale Problem (Kann eine Heizungsanlage auch dann noch als gemeinschaftlich bezeichnet werden, wenn nicht nur die durch ihren Standort unmittelbar betroffenen Stockwerkeigentümer an ihr teilhaben?) erfasst hat.

212 Liver, ZBGR 1975, 85 f.

213 Peter Liver, Von den selbständigen und dauernden Baurechten, Berner Notar 1959, 52 f.

einer Heizungsanlage an einen einzelnen sei unzulässig[214]. Leider hat es Liver aber unterlassen, in seiner jüngsten Publikation zum Stockwerkeigentum[215] zur Kontroverse beim Sachproblem sowie hinsichtlich seiner Ansicht Stellung zu beziehen.

- In seinen veröffentlichten Schriften äussert sich Friedrich nicht substantiiert zum Problem; das Eidgenössische Grundbuchamt gibt jedoch vor, dass er seiner Meinung sei[216]. Daraufhin hat Friedrich in einem Schreiben vom 22.11. an Huber seine Ansicht präzisiert: "Solche Teile des Stockwerkeigentum-Hauses können meines Erachtens nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden, wenn sie für die bestimmungsgemässe Verwendung aller oder mehrerer Stockwerke notwendig sind. Es soll durch diese Auslegung von Art. 712b Abs. 2 ZGB vermieden werden, dass durch eine spätere Veräusserung verselbständigter, funktionell gemeinschaftlicher Teile (zum Beispiel infolge Zwangsversteigerung) die ordnungsgemässe Nutzung der Stockwerke nicht mehr gewährleistet ist. Ob solche Anlagen und Einrichtungen als selbständige Stockwerke ausgestattet werden können, hängt somit davon ab, ob sie für die Benutzung anderer Stockwerke notwendig sind. Solange dies zutrifft, müssen diese Teile gemeinschaftlich bleiben, selbst wenn sie nicht allen Stockwerken, sondern nur mehreren dienen"[217]. Zu Unrecht sieht jedoch Huber in dieser Äusserung eine Unterstützung seiner Ansicht; Friedrich hat es nämlich verstanden, zum eigentlichen Problem überhaupt nichts zu sagen, indem er die Frage der Energiebelieferung auch hausfremder Personen ausgeklammert hat[218].
- Keine Stellung bezieht Eggen[219] zum Problem: Solange es sich um eine nur das betreffende Haus speisende Heizungsanlage handelt, hält er sie für zwingend gemeinschaftlich, während er für den Fall überdimensionierter Heizung die Konstruktion eines selbständigen und dauernden Baurechts vorschlägt[220].
- Das eidgenössische Grundbuchamt befasst sich ausdrücklich mit der Frage, ob allen Stockwerkeigentümern zusammen die Heizungsanlage zu Sonderrecht zugeschieden werden könne, und bejaht sie, wenn auch meist in Konditionalform; hingegen scheint das Grundbuchamt der Berechtigung eines einzelnen eher skeptisch gegenüberzustehen[221].
- Der Obwaldner Regierungsrat geht ebenfalls davon aus, dass ZGB 712b II 3 nur verbietet, dass Sonderrecht eines einzelnen an der Heizungsanlage ausgeschieden wird; ist die ganze Gemeinschaft Miteigentümerin der Anlage, also zu einem dauernden Zweck in einer Zwangsgemeinschaft zusammengeschlossen, werde der Gesetzesbestimmung Genüge getan. Die dogmatische Begründung, die sich an die Argumentation des Grundbuchamtes anschliesst, ist jedoch nicht frei von Widersprüchen[222]. Überzeugender sind die vorgebrachten wirtschaftlichen und praktischen Gesichtspunkte: Über das unselbständige Miteigentum mit präzisen Wertquoten seien alle an der Heizungsanlage interessierten Miteigentümer anteilsmässig beteiligt, und zwar in jenem Verhältnis, wie sie nach den Berechnungen Heizenergie bezögen; dadurch sei ausgeschlossen, dass jemand an der Heizungsanlage mehr Anteile erwerbe,

214 Zitiert bei Hauger, 69.
215 Liver, SPR V/1, 89 ff, v.a. 91.
216 ZBGR 1975, 83.
217 Friedrich, ZBGR 1975, 91.
218 Die letzten beiden Sätze der Ausführungen Friedrich's beziehen sich wohl auf hausinterne Anlagen, die nur einzelnen Stockwerkeigentümern dienen (z.B. Lift). Allgemeiner ist der erste Satz, der von der bestimmungsgemässen Verwendung spricht; ein klarer Schluss kann aber daraus nicht gezogen werden, weil Friedrich zur Frage, ob auch dann noch ein bestimmungsgemässer Gebrauch vorliege, wenn ein wesentlicher Teil der in der gemeinsamen Heizungsanlage produzierten Wärme in andere Gebäude abgeführt wird, keine Stellung nimmt.
219 Eggen, ZBGR 1972, 216.
220 Eingehender nachfolgend.
221 ZBGR 1975, 84.
222 So wird etwa als offenkundig dargestellt, dass an einer Fernheizanlage Stockwerkeigentum begründet werden könne, wenn sie allein auf einem eigenen Grundstück errichtet sei (ZBGR 1975, 88); was bei einer solchen Fernheizanlage das Stockwerkeigentum zu suchen hat, ist nicht ersichtlich (so auch Huber, ZBGR 1975, 90).

als ihm vom Energiebezug her zustünden; wolle man die Miteigentümer der angeschlossenen Grundstücke von der Mitbestimmung ausschliessen, wären sie von den Stockwerkeigentümern abhängig, in deren Gebäude sich die Heizung befinde[223].

- In seinem Gutachten vom 27.5.1974 vertritt alt Grundbuchinspektor Emil Zimmermann demgegenüber die Meinung, die Heizungsanlage könne zu Sonderrecht auch für einen einzelnen ausgeschieden werden, und zwar mit einem sachgerechten Argument: Er sieht den Sinn der Gesetzesbestimmung nämlich darin, dass – in Anlehnung an F. Schmid – diejenigen Bauteile, Anlagen und Einrichtungen zwingend als gemeinschaftlich zu erklären sind, die wirklich eine gemeinschaftliche Zweckbestimmung haben[224].
- F. Schmid äussert sich zu den Heizungsanlagen nicht ausdrücklich[225]; er geht jedoch allgemein davon aus, dass von den gesetzlichen Richtlinien in speziellen Fällen abgewichen werden dürfe[226], wenn die gemeinschaftliche Zweckbestimmung es nicht erforderlich mache, gewisse Anlagen und Einrichtungen als gemeinschaftlich zu erklären[227].
- Auch Hauger[228] geht davon aus, dass ZGB 712b II 3 darauf abstellt, ob die Einrichtung den anderen Stockwerkeigentümern dient; dies sei bei grossen, auch andere Gebäude beliefernden Heizungsanlagen für die im betreffenden Haus wohnenden Stockwerkeigentümer nur teilweise der Fall, während trotzdem die ganze Belastung ihnen anfalle, weshalb die Ausscheidung zu Sonderrecht auch zugunsten eines einzelnen als zulässig erachtet werden müsse.

Die Darstellung des Meinungsstandes zur Sonderrechtsfähigkeit von Heizungsanlagen in der schweizerischen Literatur gibt also eine reichhaltige Palette von Vorstellungsäusserungen ab. Zusammenfassend können die folgenden drei Einwände herauskristallisiert werden, die sich gegen die Begründung von Sonderrechten an der Heizungsanlage anführen liessen:

- Die Heizungsanlage kann überhaupt nicht als Stockwerkeinheit ausgestaltet werden (Huber).
- Eigentümerin der Stockwerkeinheit "Heizungsanlage" kann nur die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer sein (Liver).
- Als Eigentümer der Heizungsanlage sind die Stockwerkeigentümergemeinschaft oder die Gemeinschaft aller an der Heizung Beteiligten bzw. die betroffenen Grundstücke denkbar (Eidgenössisches Grundbuchamt, Obwaldner Regierungsrat).

Wird keine dieser Einschränkungen für notwendig gehalten, ist – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – die Ausscheidung von Sonderrecht an der Heizungsanlage zuhanden eines einzelnen zulässig (Zimmermann, Schmid, Hauger).

Die Möglichkeit, eine Heizungsanlage nicht denjenigen Stockwerkeigentümern, die im betreffenden Gebäude wohnen, allein zu überlassen, versucht auch Eggen mit einer beachtlichen Konstruktion zu erreichen: Er nimmt als Ausgangspunkt ein dauerndes und übertragbares Baurecht[229], wobei er sich nicht dazu äussert, wer In-

223 ZBGR 1975, 88 f.
224 Zimmermann, ZBGR 1975, 84.
225 Vgl. F. Schmid, 19 f.
226 Bei Einfamilienhaussiedlungen auf einem gemeinsamen Grundstück erachtet z.B. F. Schmid die Einräumung von Sonderrechten an den konstruktiven Bauteilen als zulässig (vgl. vorne § 7 III B 3).
227 F. Schmid, 91.
228 Hauger, 69 f.
229 Eggen, ZBGR 1972, 216 f.

haber sein kann[230]. Bei einer solchen Heizungsanlage darf es sich aber nicht um ein Stockwerk (ZGB 675 II) und nicht um einen Bestandteil des Gebäudes handeln[231]. Dass eine Heizungsanlage – unter physikalischen und wirtschaftlich-praktischen Gesichtspunkten betrachtet – nicht die für einen Bestandteil notwendige innere Verbindung[232] aufweist (ZGB 642), begründet Eggen wie folgt[233]:

"Ohne den Bestandteil ist die Hauptsache nicht fertig, ohne ihn kann sie ihren Zweck nicht bestimmungsgemäss erfüllen. Eine Fernheizungsanlage hat eine doppelte Aufgabe: die Wärmeerzeugung und den Wärmetransport. Sie besteht aus dem Heizkörper (Ofen) und den Leitungen, die zusammen eine körperliche und wirtschaftliche Einheit bilden. Wenn eine solche Anlage die Aufgabe hat, für verschiedene Wohnhäuser Wärme zu erzeugen und diese ihnen zuzuführen, so nimmt sie den einzelnen Häusern eine Aufgabe ab, die früher den einzelnen Hauseigentümern zufiel. Sie übernimmt diese Aufgabe für alle beteiligten Häuser, auch für das Haus, in dem sie installiert ist. Auch für dieses Haus ist sie in gewissem Sinne wie für die andern eine Fernheizungsanlage. Sie steht zu allen beteiligten Gebäuden in einem gleichen inneren Zusammenhang, und zwar sowohl in stofflicher als auch in wirtschaftlicher Hinsicht. Die Installation erfolgte aus Gründen der Rationalität der gesamten Anlage und nicht etwa, um dauernd und fest ausschliesslich mit dem betreffenden Gebäude, in dem sie steht, in Verbindung gebracht zu werden."

Dass an der Heizung nicht ein Stockwerk im Sinne von ZGB 712a entsteht, will Eggen dadurch verhindern, dass die Heizung nur durch einen besonderen Zugang von aussen zugänglich gemacht wird[234].

d) Die – folgende – eigene Stellungnahme soll zugleich verbunden werden mit einem Überblick – unter Ausklammerung der Regelungen auf Basis beschränkter dinglicher Rechte[235] – über die verschiedenen Möglichkeiten einer "Beziehung" zwischen der Heizungsanlage und der Stockwerkeigentümergemeinschaft oder allen beteiligten Wärmebezügern bzw. einem einzelnen Stockwerkeigentümer[236].

Dabei bieten m.E. das schweizerische und das deutsche Recht die gleiche Ausgangslage. Es trifft nicht zu, dass das schweizerische Recht die Möglichkeit der Ausscheidung zu Sonderrecht bestimmter und kategorischer verneint als das deutsche[237]: Nach ZGB 712b II 3 sind "die Anlagen und Einrichtungen, die auch den andern Stockwerkeigentümern für die Benutzung ihrer Räume dienen", zwingend gemeinschaftlich, während nach WEG 5 II "Anlagen und Einrichtungen, die dem gemein-

230 Aus den Ausführungen Eggen's ist zu schliessen, dass im Fall, den er konkret vor Augen hatte, nicht ein einzelner Inhaber des Baurechts werden sollte. Gesetzliche Bedenken gegen eine solche Ausgestaltung bestehen aber nicht; ein entsprechender Baurechtsvertrag kann auch nicht als unzulässige Umgehung von zwingendem Stockwerkeigentumsrecht bezeichnet werden.

231 Eggen, ZBGR 1972, 216 und dort zitierte Rechtsprechung und Lehre.

232 Meier-Hayoz, Art. 642, N 14 ff.

233 Eggen, ZBGR 1972, 216 f.

234 Eggen, ZBGR 1972, 217.

235 Denkbar ist etwa die Errichtung gegenseitiger Grunddienstbarkeiten mit einer Duldungspflicht: Einerseits hat der Inhaber der Fernheizungsanlage ihren Bestand und Betrieb sowie die dringenden Reparaturen zu dulden, anderseits haben alle Eigentümer, denen die Heizung dient, einen Beitrag an deren Kosten des Betriebes und Unterhaltes zu zahlen (vgl. Hans Leemann, Die rechtliche Sicherung des Bestandes und Betriebes von Fernheizwerken, SJZ 1930, 291 f).

236 Dabei muss die Problemstellung auch von der wirtschaftlichen und technischen Seite her angegangen werden (vgl. dazu die Ausführungen von Schopp, 92).

237 So unter Verkennung der Gleichgerichtetheit der beiden Rechtsordnungen Liver, Gutachten, ZBGR 1975, 85.

schaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen", nicht Gegenstand des Sondereigentums sein können; neben der unterschiedlichen sachenrechtlichen Beziehung des einzelnen zur Stockwerkeinheit, die in diesem Zusammenhang aber bedeutungslos ist[238], besteht lediglich die strukturell nicht differenzierende Divergenz, dass die schweizerische Regelung auf die Benutzbarkeit der einzelbewohnten Räume und die deutsche auf die gemeinschaftlich benutzten Einrichtungen Bezug nimmt.

aa) Die Sonderrechtsfähigkeit der Heizungsanlage muss jedenfalls dann anerkannt werden, wenn sie nicht als wesentlicher Bestandteil des Gebäudes erachtet wird. Die Individualbefugnisse erstrecken sich dann aber nur auf die Heizungsanlagen als solche, nicht auf die umliegenden Gebäudeteile. Diesen Weg beschreiten, wenn auch nicht übereinstimmend, Eggen[239] und Weitnauer[240]; der BGH[241] hat die Frage der Wesentlichkeit des Bestandteils offengelassen. Wenn die Dimensionierung der Heizungsanlage so gross ist, dass ein erheblicher Teil der Wärme auf andere Gebäude weggeleitet wird, kann sich fragen, ob sie eine zum Bestande gehörende (ZGB 642 II) bzw. zur Herstellung des Gebäudes eingefügte Sache (BGB 94 II) in wirtschaftlichem Sinne ist, denn es kommt ihr nur teilweise die Funktion einer gemeinschaftlichen Anlage zu, wie sie sonst ortsüblicherweise[242] zu einem Haus gehört. Anderseits kann das Fehlen der Bestandteilseigenschaft nicht nur aus dem Gesichtspunkt des mangelnden inneren (wirtschaftlichen und praktischen) Zusammenhanges abgeleitet werden, sondern die Nebensache darf auch keine äussere (körperliche) Verbindung zur Hauptsache aufweisen, die eine Loslösung ohne Zerstörung des Gegenstandes unmöglich macht[243]; der Brenner, die Pumpe und allenfalls sogar der Kessel lassen sich zwar vielleicht ohne grössere Beschädigungen vom Gebäude entfernen, nicht jedoch die Leitungen, die zur Heizungsanlage als bestimmungsgemässe Einheit gehören (Zusammenfassung als wirtschaftliche Einheit ohne Vorliegen einer räumlichen Einheit)[244]. Daraus erhellt, dass wohl in den überwiegenden Fällen die Ausgestaltung von Sonderrechten an der zentralen Heizungsanlage ausgeschlossen ist, weil es an der zu wenig losen Verbindung gebricht (ZGB 642 II; BGB 93, 94 I)[245].

Dieses zweite Hindernis lässt sich im schweizerischen Recht mit der Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts umgehen[246], denn das Akzessions-

238 Völlig unverständlich ist die Stellungnahme des Obwaldner Regierungsrates, der sich einerseits der Meinung Liver's anschliesst, anderseits im gleichen Satz aber ausführt, diese Frage könne sich im schweizerischen Recht gar nicht stellen. Der Regierungsrat hat offensichtlich die Konstruktion des Stockwerkeigentums überhaupt nicht verstanden (vgl. auch vorne Anm. 210), denn die Tatsache, dass selbstverständlich alle Gebäudeteile im Miteigentum der Stockwerkeigentümer stehen, hindert nicht die Ausscheidung von Sonderrechten, auf Grund derer die einzelnen eigentümerähnliche Rechte haben.

239 Eggen, ZBGR 1972, 216 f.

240 Weitnauer/Wirths, § 5, N 3 f; in diesem Sinne auch Diester, Rechtsfragen, N 140 f.

241 BGH, 8.11.1974, NJW 1975, 689.

242 Bundesgericht, 24.3.1938, BGE 64 II 85; Liver, SPR V/1, 34.

243 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 642, N 11 ff und dort zitierte Literatur.

244 Bundesgericht, 2.2.1950, BGE 76 II 30; Peter Liver, Von den selbständigen und dauernden Baurechten, Berner Notar 1959, 52 f.

245 Zu optimistisch in dieser Hinsicht wohl Weitnauer/Wirths, § 5, N 3, 8a.

246 In diesem Sinne Eggen, ZBGR 1972, 216 f.

prinzip kann – zulässigerweise – durch das Baurecht durchbrochen werden[247]; ausgeschlossen ist lediglich die Begründung eines Baurechts an einem Stockwerk (ZGB 675 II). Demgegenüber kann nach deutschem Recht das Erbbaurecht überhaupt nicht auf einen Teil des Gebäudes beschränkt werden (BGB 1014; ErbbRVO 1 III). Immerhin ist m.E. der Vorschlag Eggen's ebenfalls nicht vollständig zweifelsfrei: Der Inhaber des Baurechts, der ein einzelner oder die Gemeinschaft aller Wärmebezüger (bzw. die beteiligten Grundstücke) sein kann, ist Eigentümer der Heizungsanlagen (ohne Gebäudeteile) in einer funktionellen Stockwerkeigentumseinheit, die aber wegen ZGB 675 II nicht als solche ausgestaltet werden kann (z.B. kein Zugang vom gemeinschaftlichen Keller her, sondern nur von aussen). Zwar ist es fraglich, ob bereits von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden kann, weil der Gesetzgeber explizit nur die allen Stockwerkeigentümern dienenden Anlagen für gemeinschaftlich erklärte, zu den als Fernheizungen dimensionierten Anlagen aber nicht Stellung nahm. Dennoch scheint es sinnvoller, eine der Struktur des Stockwerkeigentums adäquatere Lösung zu suchen.

bb) Bei der architektonischen Planung der Heizungsanlage können drei Varianten gewählt werden: Entweder wird eine Heizung im Gebäude konzipiert, die genau auf dessen Bedarf zugeschnitten ist, oder die Wärme wird von einer auf einem fremden Grundstück stehenden Fernheizung bezogen oder die erforderliche Wärme für eine ganze Siedlung wird von der sich in einem Haus befindlichen Heizung für alle produziert. Diesen drei Möglichkeiten ist im folgenden nachzugehen.

cc) Die konventionelle Lösung besteht darin, in einem Gebäude eine Heizungsanlage einzurichten mit dem Zweck, nur dieses Gebäude, aber vollumfänglich, mit Wärme und Warmwasser zu versorgen. Solche Heizungsanlagen dienen dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Hausbewohner (ausschliessliche Versorgung, ohne Wärme an andere Gebäude abzugeben) und sind deshalb ein zwingend gemeinschaftlicher Teil unter Einschluss der Hauptleitungen bis zur Abzweigung der individuellen Nebenleitungen[248]. Eine Ausscheidung zu Sonderrecht ist unzulässig, weil sie gegen zwingendes Recht verstösst[249]. Der Stockwerkeigentümergemeinschaft ist es aber unbenommen, einem einzelnen oder einer anderen Personengemeinschaft ein Sondernutzungsrecht an der Heizungsanlage zu verleihen[250].

dd) Die Wärme kann für das ganze Haus von einer auf einem anderen Grundstück gelegenen Fernheizung bezogen werden. Die Gemeinschaft schliesst mit dem Eigentümer der Heizungsanlage (einzelner oder Personengemeinschaft) dabei einen Wärmelieferungsvertrag ab. Der einzelne Stockwerkeigentümer ist an einen Mehrheitsbeschluss der Gemeinschaft gebunden, sofern dieser nicht rechtsmissbräuchlich ergangen ist[251]; hingegen ist die Eintragung einer Dienstbarkeit unzulässig, die eine Verpflichtung der Stockwerkeigentümer vorsieht, Wärme für ihre Heizungsanlagen nur aus einer bestimmten Fernheizung zu beziehen[252]. Dieselben Grundsätze gelten auch dann, wenn der Eigentümer der örtlich nächstgelegenen Fern-

247 Liver (Anm. 244), 52.
248 K. Müller, 19; Diester, Rechtsfragen, N 141.
249 So die völlig herrschende Lehre; zu Unrecht hat der BGH (8.11.1974, NJW 1975, 689) die Frage offengelassen.
250 Diester, Rechtsfragen, N 141a.
251 Vgl. vorne § 4 II D 3.
252 Diester, Rechtsfragen, N 143; Röll, Teilungserklärung, 21.

heizung der Bauträger der Stockwerkeigentums-Überbauung ist. Ebenso ist die Geltung einer schuldrechtlichen Abnahmeverpflichtung, verbunden z.B. mit dem Kaufvertrag über die Eigentumswohnung, beschränkt; es gelten die allgemeinen Grundsätze für "ewige Bindungen" bei Dauerverträgen: Insbesondere darf mit einem solchen Vertrag nicht die Ausnutzung einer Monopolstellung oder eine Knebelung der abhängigen Partei bewirkt werden, weil dies als Verstoss gegen die guten Sitten (OR 20; BGB 138) oder gegen Treu und Glauben (ZGB 2; BGB 242) zu werten wäre[253].

ee) Umstritten ist hauptsächlich der Fall, bei dem sich die Heizungsanlage in einem der zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäude befindet. Gilt auch bei einer solchen baulichen Konzeption, dass die Heizungsanlage zwingend ein gemeinschaftlicher Teil der Stockwerkeigentümer des betreffenden Hauses sein muss?

In erster Linie ist m.E. danach zu fragen, welche Stellungnahme den gesetzgeberischen Intentionen zu entnehmen ist. Ausschlaggebend bei der Zwingenderklärung der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen war zweifelsohne das Bestreben, zu verhindern, dass ein Stockwerkeigentümer durch die Innehabung von für alle notwendigen Gebäudeteilen und Anlagen eine dominierende Stellung erhalten könne und damit Spannungen innerhalb der Gemeinschaft herausfordere[254]. Der Gesetzgeber (auch noch der schweizerische im Jahre 1963) hatte jedoch ebenso unzweifelhaft das gewöhnliche Mehrfamilienhaus mit der nur ihr dienenden Heizung vor Augen. Dass das Problem der Fernheizungen aller Art nicht erörtert wurde, mag zwar gerade für die Schweiz erstaunlich sein, hat doch der erste Gesetzesredaktor (Liver) etwa zur gleichen Zeit in einem Gutachten erklärt, die Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts an einer Fernheizungsanlage sei zulässig[255]; so muss dennoch die Frage gestellt werden, wie der Gesetzgeber entschieden hätte, wenn er sich des Problems bewusst gewesen wäre. Es liegt somit eine echte[256] (bzw. offene[257]) Lücke vor, weil das Gesetz für eine Fallgruppe keine Regel enthält, die auf sie anwendbar wäre, obgleich es nach seiner eigenen Teleologie eine solche Regel enthalten sollte; diese gilt es auf dem Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu füllen.

M.E. darf nun nicht verkannt werden, dass zwischen einer Einzelhausheizung und einer Gesamtsiedlungsheizung ein grundlegender Unterschied besteht: Es handelt sich bei einer solchen Fernheizungsanlage um eine erhebliche Abweichung vom gesetzlich gedachten Normalfall, die mit dem bei den jeweiligen Gesetzesberatungen noch zu wenig erkannten Übergang zur Grossbauweise im Zusammenhang stehen[258]. Bei solchen Grossheizungen mit riesigen Umsätzen (und auch einem entsprechenden Budget) kann es nicht Sache der Stockwerkeigentümer sein und ist ihnen auch nicht zumutbar, die entsprechende Anlage auf eigene Rechnung zu führen. Entscheidend

253 Merz, Einleitung, Art. 2, N 371 ff; Diester, Rechtsfragen, N 142.
254 Eidgenössisches Grundbuchamt, ZBGR 1975, 83.
255 Liver (Anm. 244), 53.
256 Meier-Hayoz, Einleitung, Art. 1, N 271, 274.
257 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1975, 362, 366.
258 Entstehungsgeschichtlich ging es beim WEG um die Beseitigung der Wohnungsnot nach dem zweiten Weltkrieg. Auch in der Schweiz wurde anfangs der sechziger Jahre der – ohnehin verzögerte – Übergang zur Grossbauweise noch nicht genügend erkannt.

ist also, ob die Heizungsanlage von vorneherein so konzipiert wurde, dass sie mehrere Stockwerkeigentümerkomplexe beliefern sollte. Ist dies der Fall, handelt es sich nicht mehr eigentlich um eine gemeinschaftliche Anlage, denn sie dient neben dem gemeinschaftlichen auch noch einem fremden Gebrauch. Den Stockwerkeigentümern kommt also die Heizungsanlage nur in dem Masse zugute, als sie davon tatsächlich Wärme beziehen; die überschiessende Energie ist gegenteils eine Belastung für sie, indem sie die Kosten der Überdimensionierung tragen müssen. In einer solchen Ausgestaltung handelt es sich somit bei der Heizung um eine gewerbliche Anlage, die den Rahmen des gemeinschaftlichen Gebrauchs sprengt[259]. Zwar werden die Unkosten durch Beiträge der aussenstehenden Wärmebezüger gedeckt; dadurch kann aber leicht der Tätigkeitsbereich der Stockwerkeigentümergemeinschaft überdehnt werden, denn sie ist nur im Bereiche der gemeinschaftlichen Verwaltung vermögensfähig (ZGB 712l I), mithin ein Zusammenschluss im Hinblick auf das Haben, Nutzen und Verwalten gemeinschaftlicher Vermögenswerte[260]. So betrachtet ergibt sich klar, dass die grammatikalisch am nächsten beim Wortlaut liegende Auslegung der Heizungsanlage als zwingend gemeinsame Einrichtung den Grundsatz der beschränkten Vermögensfähigkeit der Stockwerkeigentümergemeinschaft leicht durchbricht, indem diese bei Grossheizungen eine rein wirtschaftliche, allenfalls sogar spekulative Betätigung betreiben würde (je nach der Grösse der Heizung kann der finanzielle Umsatz wesentlich grösser sein als der Verwaltungsaufwand für das Haus). Angesichts dieser Rechtslage erscheint es sinnvoller, für den vorliegenden, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Sonderfall den an sich zwingenden Grundsatz der fehlenden Sonderrechtsfähigkeit von gemeinschaftlichen Anlagen nicht analog anzuwenden, als der Gemeinschaft eine fast unbeschränkte Vermögensfähigkeit einzuräumen[261].

Diese Auslegung rechtfertigt sich noch aus einem weiteren Grund: Obwohl das Argument der Verhinderung von Abhängigkeiten durchaus gerechtfertigt ist, darf doch nicht übersehen werden, dass alle Wärmebezüger ausserhalb des die Grossheizung enthaltenden Hauses keine direkte Mitbestimmung haben und deshalb leicht die Macht der direkt betroffenen Stockwerkeigentümer zu gross werden könnte (mit der Folge von Abhängigkeitsverhältnissen). In diesem Sinne ist Eggen[262] ohne weiteres zuzustimmen, dass auch die Grossheizung für die in demselben Haus wohnenden Stockwerkeigentümer funktionell eine Fernheizungsanlage ist. Die Zulässigkeit der Einräumung von Sonderrechten an der Heizungsanlage für den Fall, dass sie nicht nur dem Gebrauch des betreffenden Hauses dient, dürfte m.E. auch die dem Wesen des Stockwerkeigentums adäquatere und formellrechtlich einfachere Lösung als die Einräumung selbständiger und dauernder Baurechte sein.

Es stellt sich noch die Frage, ob ein solches Sonderrecht an einer Grossheizungsanlage nur allen Wärmebezügern gemeinschaftlich oder auch einer Einzelperson ein-

259 Dasselbe gilt, wenn die Heizungsanlage zwar nur eines von mehreren Stockwerkeigentumsgebäuden versorgt, dessen Inhaber aber auch Wärme an aussenstehende Dritte verkauft (vgl. Hauger, 68).

260 Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 1, N 67, 73.

261 Eingehender dazu Weber, SJZ 1979, 117 ff; in Deutschland ist die Gemeinschaft ohnehin nicht vermögensfähig (vgl. vorne § 4, Anm. 32).

262 Eggen, ZBGR 1972, 216 f.

geräumt werden dürfe. Dass den Beteiligten vom gesetzgeberischen Gesichtspunkt aus gesehen Priorität zukommt, ist ohne weiteres einsichtig[263], doch schliesst dies m.E. die Möglichkeit, dass Eigentümer einer Heizungsanlage auch ein einzelner sein kann, nicht aus. Dadurch entsteht die gleiche Rechtslage, wie wenn die Wärme ohnehin von einer Fernheizungsanlage eines aussenstehenden Dritten bezogen wird. Kautelen gegen eine missbräuchliche Ausnützung der damit verbundenen Machtstellung ergeben sich wiederum aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (OR 20/ BGB 138; ZGB 2/BGB 242)[264].

Dient eine solche zu Sonderrecht ausscheidbare Heizungsanlage nur einem Teil der Stockwerkeigentümer (während andere sich aus fremden Quellen mit Wärme versorgen), können die betreffenden Teilhaber eine Untergemeinschaft bilden[265], die im Rahmen der Gesamt-Gemeinschaft als eine weitere Stockwerkeinheit behandelt wird[266].

IV Gewillkürt gemeinschaftliche Teile

1. Was nicht zwingend ein gemeinschaftlicher Teil ist, gilt im schweizerischen Recht kraft der gesetzlichen Vermutung von ZGB 712b III a.E. als Sonderrecht; es steht den Stockwerkeigentümern aber frei, solche Gebäudeteile im Begründungsakt oder später durch einstimmige Vereinbarung für gemeinschaftlich zu erklären[267]. Die Wendung "andere Bestandteile" (ZGB 712b III am Anfang) kann sich nur auf ZGB 712b II, nicht aber auf ZGB 712b I beziehen, weil sich sonst der Bereich der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten nur auf jene wenigen Gebäudeteile beziehen würde, die nicht unter einen der beiden ersten Absätze von ZGB 712b fallen, was nicht Meinung des Gesetzgebers war.

Das deutsche Recht kennt keine Sondereigentumsvermutung; nach WEG 1 V sind diejenigen Teile, Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, die nicht im Sondereigentum oder im Eigentum eines Dritten stehen, gemeinschaftliches Eigentum. Die Möglichkeit, durch Vereinbarung weitere Gebäudeteile zu gemeinschaftlichem Eigentum zu erklären (WEG 5 III), trifft somit denjenigen Bereich, der sonst gemäss WEG 5 I im Sondereigentum stehen würde.

2. Die Art und Zahl der weiteren Räumlichkeiten, Anlagen und Einrichtungen, die zu einem gemeinschaftlichen Teil erklärt werden können, sind an sich nicht gesetzlich beschränkt. Grenzen ergeben sich jedoch aus der sachenrechtlichen Kon-

263 Damit wäre die Anlage tatsächlich allen Beteiligten gemeinsam und würden Machtstellungen verhindert.

264 Vgl. vorne § 4 II.

265 Wird die Sonderrechtsfähigkeit verneint, ist nur die Bildung einer Untergemeinschaft auf Grundlage einer Nutzungs- und Gebrauchsregelung möglich, weil m.E. eine sachenrechtliche Sonderzuordnung an zwingend gemeinschaftlichen Teilen unzulässig ist (a.A. May, 82 f, der sich ausführlich mit einer Untergemeinschaft an einer Heizungsanlage auseinandersetzt; zur Begründung der eigenen Ansicht eingehend hinten § 8 IV C).

266 Vgl. May, 81 ff.

267 Vgl. auch Friedrich, § 5, N 12 f.

struktion des Stockwerkeigentums sowie dem Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses:

- Es dürfen nicht alle Gebäudeteile gemeinschaftlich sein, weil in einem solchen Fall gar keine Sonderrechte mehr bestehen würden und damit sachenrechtlich (zuordnungsmässig) kein Stockwerkeigentum gegeben wäre; begriffsnotwendig müssen mindestens zwei Einheiten vorhanden sein[268].
- Weil die Stockwerkeigentümergemeinschaft keine juristische Person ist und nur im Rahmen ihrer gemeinschaftsbezogenen Verwaltungstätigkeit über eigenes Vermögen verfügt[269], können ihr solche Gebäudeteile nicht im Sonderrecht zugeschieden werden, die sie nicht zur Verwaltung im weitern Sinne benötigt, sondern die sie nur aus wirtschaftlichen Gründen in den Rechtsverkehr bringen will[270]. Ein festes Kriterium, das die gemeinschaftliche Verwaltungstätigkeit abgrenzt, gibt es zwar nicht; eine gemeinschaftliche Tätigkeit erscheint aber jedenfalls dann als unzulässig, wenn es sich um eine eigentliche Geschäftstätigkeit handelt, deren direkter Bezug zur Verwaltung sehr schwach ist. So widerspricht es m.E. dem Gesetz, wenn Stockwerkeinheiten der Gemeinschaft als Gewerbebetriebe auf deren Rechnung geführt werden (z.B. Restaurants, Ladengeschäfte und andere Dienstleistungsbetriebe)[271]; eine solche Tätigkeit würde die Zweckbindung der Stockwerkeigentümergemeinschaft sprengen[272]. Eine Vermietung von Stockwerkeinheiten durch die Gemeinschaft an Dritte, um die gemeinschaftlichen Kosten abzudecken, dürfte so lange zulässig sein, als die Einnahmen in einem vernünftigen Verhältnis zu den Ausgaben stehen und es sich nicht überwiegend um ein Profitunternehmen der beteiligten Stockwerkeigentümer handelt[273]. Unbenommen bleibt es ihnen jedoch, sich mehr als eine Wohnung zuzuscheiden und unter eigenem Namen zu vermieten oder aber für diese Zwecke gemeinsam eine handelsrechtliche Gesellschaft zu gründen.
- Nicht zu den gemeinschaftlichen Teilen im Sinne des Stockwerkeigentums erklärt werden können Gegenstände, die nicht Bestandteil des Gebäudes geworden sind[274]; dazu gehören neben den beweglichen Sachen vor allem diejenigen Gegenstände, die sich vom Gebäude leicht und ohne Schaden loslösen lassen (z.B. nicht im Boden verankerte Kühlboxe oder nicht fest verankerte Waschmaschine); an ihnen kann nur – auflösbares – Miteigentum begründet werden[275].
- Unnötig ist es, solche Objekte als gemeinschaftlich zu erklären, die es ohnehin aus zwingenden Gründen schon sind (z.B. Abstellplätze für Autos oder Kinder-

268 Friedrich, § 1, N 4; Weitnauer/Wirths, § 3, N 14.
269 Überblick bei Weber, SJZ 1979, 117 ff; in Deutschland ist die Gemeinschaft überhaupt nicht vermögensfähig (vorne § 4, Anm. 32).
270 Zweifelhaft ist deshalb die generelle Formulierung bei Friedrich, § 5, N 13.
271 Solche Betriebe wollen Friedrich (ZBGR 1973, 139) und Flattet, 1966, 39 m.E. zu Unrecht zulassen.
272 Vgl. Weber, SJZ 1979, 119 und auch Mathys, 283.
273 Das wäre etwa der Fall, wenn zwei Stockwerkeigentümer zusammen eine Grossüberbauung erstellen, zwar die Attikawohnung belegen, aber etwa die übrigen 90% der Wohnungen unter dem Namen der Gemeinschaft vermieten.
274 Vgl. hinten § 8 V A 1.
275 Diester, NJW 1970, 1110.

spielplätze im Freien[276]). An sich schadet zwar die Wiederholung gesetzlicher Anordnungen nicht[277], doch besteht die Gefahr, dass eine solche Erklärung später als Widmung aufgefasst wird und damit als abänderbar erscheint.

3. Beispiele für solche gewillkürte gemeinschaftliche Gebäudeteile sind:

– Hauswartswohnung:

  In der Praxis behält zwar häufig der Bauherr die Hauswartswohnung für sich und vermietet sie an den jeweiligen Hauswart. Dadurch behält er die Stellung eines Stockwerkeigentümers, ohne dass dies sachlich immer gerechtfertigt wäre; insbesondere kann er mit seinem Vetorecht jedenfalls einstimmig zu fassende Beschlüsse verhindern. Soweit dies praktisch überhaupt möglich ist, wird es sich für die Gemeinschaft auf die Dauer deshalb meist auszahlen, wenn sie trotz der anfänglichen Kosten die Hauswartswohnung erwirbt und damit eine allfällige Abhängigkeit vom Bauträger von vorneherein ausschliesst.

– Velokeller
– Bastel- oder anderer Spielraum
– Fitness- bzw. Trainingsraum

– Gästezimmer:

  Bei der Belegung müsste aber der Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet werden; zudem ist der Aufwand bei der Organisation und Planung der Belegung nicht zu unterschätzen.

§ 8 Die im Sonderrecht stehenden Teile

I Bedeutung der vertraglichen Ausgestaltung

Soweit die Gebäudeteile nicht zwingend gemeinschaftlich sind oder von der Stockwerkeigentümergemeinschaft als gemeinschaftlich ausgeschieden werden, können Sonderrechte begründet werden. In seinem "Stockwerk" hat der Inhaber auch in der Schweiz – trotz des Miteigentums aller – praktisch eine Eigentümerstellung (Innenrechte).

Sonderrechte entstehen aber nicht a priori an allen Gebäudeteilen, die nicht gemeinschaftlich sind[1]. Das Gesetz verlangt darüber hinaus, dass die Stockwerkeinheiten abgeschlossen sind und einen eigenen Zugang aufweisen (ZGB 712b I; WEG 3 II)[2].

276 Vorne § 7 III A 2.

277 Kritisch zur Wiederholung von Gesetzesbestimmungen (Gefahr des Missverständnisses bei nicht genau gleichem Wortlaut) auch Hans Huber in seiner Rezension von Friedrich, Reglement, ZBGR 1966, 254.

1 Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Sonderrechtsvermutung von ZGB 712b III nicht unproblematisch (vgl. eingehender hinten § 8 VI); solange es an der Abgeschlossenheit und dem eigenen Zugang fehlt, können keine Sonderrechte entstehen.

2 Das deutsche Recht erwähnt den eigenen Zugang nicht ausdrücklich (vgl. hinten § 8 III).

Bei der Ausarbeitung des Begründungsaktes (Teilungserklärung) sind deshalb die Stockwerkeigentümer nicht mehr völlig frei; die Gestaltungsmöglichkeiten sind beschränkt durch die bauliche Konzipierung. Demgemäss richten sich die zwingenden Vorschriften zur Ausscheidung von Sonderrechten vornehmlich an die Bauherren und Architekten; die Planung ist so vorzunehmen, dass sinnvolle Einheiten (baulich und wirtschaftlich) entstehen.

Die genauere Konkretisierung der Stockwerkeinheiten ist aus dem Aufteilungsplan ersichtlich; danach beurteilt sich auch, ob diese abgeschlossen sind. Das deutsche Recht verlangt überdies eine ausdrückliche Abgeschlossenheitsbescheinigung durch die zuständige Baubehörde (WEG 7 IV 2)[3]. In der Schweiz kann der Grundbuchbeamte in Zweifelsfällen gemäss GBV 33b II eine amtliche Bestätigung der Abgeschlossenheit nach kantonalem Recht verlangen.

Die Erfordernisse der Abgeschlossenheit und des eigenen Zugangs haben zugleich die Funktion einer Teilungsbeschränkung, indem die einzelnen Stockwerkeigentümer ihre Einheiten zwar teilen dürfen[4], aber nur so weit, als die Teilstücke wiederum in sich abgeschlossene Einheiten mit eigenem Zugang bilden[5].

II Die Abgeschlossenheit

A Der Grundsatz

1. Die räumliche Trennung

Die Stockwerkeinheiten müssen grundsätzlich von allen Seiten durch Baustoffe (Materialien aller Art wie Mauerwerk, Metall, Holz, Glas, Eternit usw.) umschlossen sein; es bedarf also grundsätzlich der dreidimensionalen Abgrenzung mit Boden, Decke und Wänden[6]. Die herrschende Lehre geht von einem strengen Raumbegriff aus, der die "Umbautheit" des Raumes fordert, weshalb nur am Luftraum eines ummauerten Raumes Sonderrechte bestehen[7].

Das Erfordernis der Abgeschlossenheit erfüllt verschiedene Funktionen:

– Die Abgeschlossenheit erleichtert eine klare Abgrenzung gegenüber den anderen gemeinschaftlichen oder sonderrechtlichen Gebäudeteilen.

3 Dazu auch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift vom 19.3.1974 (zitiert bei Weitnauer/Wirths, 335).
4 Dazu hinten § 9 III B 3.
5 Liver, Art. 743, N 12.
6 Friedrich, ZBGR 1966, 333; F. Schmid, 16; Palandt/Bassenge, § 1, N 2 f.
7 Neben den in der vorangehenden Anmerkung zitierten Autoren: Friedrich, ZBGR 1973, 141; Eggen, ZBGR 1972, 212; Bärmann/Pick, § 1, N 22 f, 33, § 3, N 18, 38 f, § 5, N 17 sowie Kurzkommentar, 20; Weitnauer/Wirths, § 5, N 2; Erman/Westermann, § 3, N 4; Staudinger/Ring, § 3, N 19; Hauger, 53; Bopp, 14; LG Münster, 18.11.1952, DNotZ 1953, 149 f; OLG Karlsruhe, 27.1.1972, MDR 1972, 516; vgl. auch die "Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausstellung von Bescheinigungen" (dazu nachfolgend A 2).

- Die Stockwerkeinheit kann entsprechend ihrer Zwecksetzung benutzt werden, ohne dass eine andere Stockwerkeinheit mitbenutzt oder gestört wird[8].
- Die Abgeschlossenheit und der eigene Zugang sind überdies eine gute Voraussetzung dafür, dass die der modernen Technik entsprechenden Isolierungsmassnahmen ergriffen werden können, um die Immissionen auf die übrigen Eigentumswohnungen möglichst gering zu halten[9].

Korrespondierend mit dem Erfordernis des eigenen Zuganges ergibt sich aus der Voraussetzung der Abgeschlossenheit weiter, dass die Räume abschliessbar sein müssen[10].

Bereits bei den Gesetzesberatungen wie auch später in der Praxis hat sich gezeigt, dass eine strenge Durchführung des räumlich-körperlichen Abgeschlossenheitsgrundsatzes nicht jeder baulichen Ausgestaltung gerecht wird bzw. in gewissen Fällen zu hohe Anforderungen stellt. Deshalb ist sein Anwendungsbereich in Spezialfällen eingeschränkt oder er kann in bestimmten Ausnahmen durchbrochen werden[11].

2. Die wirtschaftliche Einheit

Die zu Stockwerkeigentum zusammengefassten Räume haben eine wirtschaftliche Einheit zu bilden[12]: Es soll damit verhindert werden, dass ganz kleine, für sich selbst nicht existenzfähige Räume zu Sonderrecht ausgeschieden werden und sich dadurch wie im alten Stockwerkeigentum[13] verwirrende Rechtsverhältnisse und Streitereien ergeben. Nichts spricht aber dagegen, auch an einem einzelnen Raum Stockwerkeigentum zu begründen; Voraussetzung dafür ist allerdings, dass diese Einraum-Einheit dem, wofür sie vorgesehen ist, ohne Beanspruchung anderer Sonderrechte und ohne übermässige Inanspruchnahme gemeinschaftlicher Anlagen und Einrichtungen zu genügen vermag[14]. So kann beispielsweise Sonderrecht an einer Einzimmerwohnung, einer Garage oder einer Lagerhalle ausgeschieden werden, nicht aber an einer Toilette[15].

8 Vgl. Liver, Art. 743, N 12.
9 Liver, SPR V/1, 92; F. Schmid, 25.
10 Friedrich, ZBGR 1966, 333 f; "Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausstellung von Bescheinigungen", Ziff. 5a (dazu nachfolgend A 2).
11 Dazu im folgenden B und C.
12 Friedrich, § 5, N 6 und ZBGR 1966, 334; F. Schmid, 16; Magnenat, 51. Zu allgemein ist die Formulierung des Notariatsinspektorats Zürich (Mitteilung Nr. 20, 18), wonach das Grundbuchamt bei der Begründung von Stockwerkeigentum nicht auch minimale wirtschaftliche Voraussetzungen überprüfen kann, denn andernfalls liesse sich nicht kontrollieren, ob jede Wohnung z.B. eine Toilette hat; bei den angeführten Beispielen (Kellerabteil, Windenabteil, Garageboxe, Bastelraum) handelt es sich aber durchgehend um Fälle, bei denen an sich eine funktionelle Eigenständigkeit vorliegt; auf diese Beispiele trifft auch die Begründung zu, dass ein Bedürfnis, solche Räume nicht zu Nebenräumen, sondern zu selbständigen Stockwerkeinheiten auszugestalten, bestehe, wenn sie bei der Begründung des Stockwerkeigentums nicht bereits einzelnen Wohnungen zugeschieden werden sollen.
13 Vgl. den Hinweis bei Liver, SPR V/1, 92 f.
14 F. Schmid, 16.
15 In diesem Sinne ausdrücklich das OLG Düsseldorf, 4.2.1976, NJW 1976, 1458 f: Begründet

Das Erfordernis der wirtschaftlichen Einheit bedeutet auch, dass die Stockwerkeigentumseinheiten dem Zweck, dem sie zu dienen haben, auf sich selbst gestellt gerecht werden. "Wenn es sich bei einem Stockwerk also beispielsweise um eine Wohnung handelt, so sollte diese wenigstens über diejenigen Einrichtungen verfügen, die normalerweise zu deren Mindestbestand gehören"[16]. In diesem Sinne kann die Wohnung umschrieben werden als "eine den sozialen und hygienischen Mindestanforderungen der Gegenwart genügende wohnliche Dauerunterkunft in festem Gebäude von langer Lebensdauer"[17]. Was ein Raum, eine Wohnung oder eine gewerbliche Einheit üblicherweise enthalten müssen, kann nicht allgemein umschrieben werden: Jedenfalls wird dazu regelmässig eine Toilette gehören, für eine Wohnung ebenso eine Küche oder zumindest eine Kochnische sowie ein Bad bzw. eine Dusche (bei Einzimmerwohnungen dürfte wohl ein Lavabo genügen)[18]; ebenso ist die Wasserversorgung unumgänglich. Bei Gewerberäumen sind diejenigen Einrichtungen, die zur üblichen Berufsausübung als "Infrastruktur" gehören, zu verlangen; abzustellen ist somit auf die dem Raum zugedachte Funktion.

Welche Anforderungen an die Abgeschlossenheit zu stellen sind, ergibt sich nach deutschem Recht auch aus einer besonderen Anordnung: Auf Grund von WEG 59 erliess der Bundesminister für Wohnungsbau am 3.8.1951 die "Richtlinien für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäss § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 des Wohnungseigentumsgesetzes"[19]. Diese Richtlinien sind auf den 1.4.1974 durch die "Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäss § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 des Wohnungseigentumsgesetzes" vom 19.3. 1974 ersetzt worden[20]; ohne grundlegende Änderungen vorzunehmen, sind lediglich die gestiegenen Anforderungen an die Beschaffenheit von Wohnräumen berücksichtigt worden:

"4. Eine Wohnung ist die Summe der Räume, welche die Führung eines Haushaltes ermöglichen; dazu gehören stets eine Küche oder ein Raum mit Kochgelegenheit sowie Wasserversorgung, Ausguss und WC. Die Eigenschaft als Wohnung geht nicht dadurch verloren, dass einzelne Räume vorübergehend oder dauernd zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken verwendet werden.

...

5. ...

a) Abgeschlossene Wohnungen sind solche Wohnungen, die baulich vollkommen von fremden Wohnungen und Räumen abgeschlossen sind, z.B. durch Wände und Decken, die den Anforderungen der Bauaufsichtsbehörden (Baupolizei) an Wohnungstrennwände und Wohnungstrenndecken entsprechen und einen eigenen abschliessbaren Zugang unmittelbar vom Freien, von einem Treppenhaus oder einem Vorraum haben ... Wasserversorgung, Ausguss und WC müssen innerhalb der Wohnung liegen. Zusätzliche Räume, die ausserhalb des Wohnungsabschlusses liegen, müssen verschliessbar sein."

wird der Entscheid jedoch damit, dass eine Toilette allein nicht als Wohnungseigentum in Frage komme und auch die Bildung von Teileigentum nicht möglich sei, weil die Toilette der benachbarten Wohnung und damit Wohnzwecken (im Gegensatz zu WEG 1 III) diene. Es hätte aber auch mit der Funktion der Einheit "Toilette" argumentiert werden können.

16 F. Schmid, 16.

17 OVG Münster, 23.11.1953, DVBl 1954, 340.

18 Vgl. F. Schmid, 16; Liver, SPR V/1, 92; Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 10; Bärmann/Pick, § 3, N 38 f; Hauger, 57.

19 Abgedruckt bei Weitnauer/Wirths, 333–335.

20 Abgedruckt bei Weitnauer/Wirths, 335–337.

3. Das Fehlen der Abgeschlossenheit

Das Erfordernis der Abgeschlossenheit ist in der Schweiz eine Muss-Vorschrift, in Deutschland nur eine Soll-Vorschrift.

In der Schweiz muss das Begehren um Eintragung nicht abgeschlossener Stockwerkeigentumseinheiten vom Grundbuchamt abgelehnt werden (GBV 33b III); ist eine entsprechende Einheit zu Unrecht bereits eingetragen, ist das Grundbuch zu berichtigen (GBV 33c IV). Die Nichtigkeit tritt aber nicht von sich aus ein, sondern es bedarf eines Aufhebungsbeschlusses durch den Richter[21].

Demgegenüber kann in Deutschland aus der Tatsache, dass die Baute bei einzelnen Teilen die Abgeschlossenheitsanforderungen nicht erfüllt, keine Nichtigkeit der Teilungserklärung abgeleitet werden[22]. Heilend wirkt der Grundbucheintrag aber nur hinsichtlich der fehlenden Abgeschlossenheit eines vorhandenen Raumes; liegt überhaupt kein Raum vor (z.B. Abstellplatz im Freien), entsteht trotz des Eintrages kein Sondereigentum[23].

B Spezialfälle

Für bestimmte Räume wird das Erfordernis der vollständigen Abgeschlossenheit gelockert: Es bedarf nicht eigentlicher Wände[24]. Immerhin wird der Grundsatz der sinngemässen Abgeschlossenheit nicht tangiert[25]: Es muss eine einigermassen solide Abgrenzung vorhanden sein, die nur mit Gewalt verschiebbar ist.

Räume, die nicht einer strengen Abgeschlossenheit bedürfen, sind vor allem die sog. Nebenräume[26]. Als Nebenräume bzw. -gebäude gelten solche Räume, die zur Stockwerkeinheit in einem funktionalen, v.a. wirtschaftlichen Subordinationsverhältnis stehen[27]. Ist dies nicht der Fall, muss vom Grundbuchführer geprüft werden, ob nicht eine Gesetzesumgehung und damit ein Verstoss gegen zwingendes Recht vorliegt, was zur Verweigerung der Eintragung führen müsste. Eine direkte Verbindung zu den Haupträumlichkeiten ist aber nicht erforderlich (Nebengebäude befinden sich sogar ausserhalb des Hauptgebäudes), doch müssen sie auf dem gleichen Grundstück liegen[28].

Je nach der Art des Nebenraumes ist ein verschieden strenger Massstab an das Abgeschlossenheitserfordernis zu legen:

21 Vgl. im einzelnen F. Schmid, 194 ff; Friedrich, SJK 1302, 14; Ottiker, 160 sowie hinsichtlich der daraus entstehenden Gefahr für die Pfandgläubiger Hauger, 58 f.
22 Vgl. im einzelnen Bärmann/Pick, § 3, N 37; Weitnauer/Wirths, § 3, N 8; Erman/Westermann, § 3, N 4; Hauger, 57 f; Soergel/Baur, § 3, N 35; Bopp, 15.
23 OLG Karlsruhe, 27.1.1972, MDR 1972, 516; Diester, Rechtsfragen, N 149 und NJW 1970, 1109.
24 F. Schmid, 17.
25 Es wäre deshalb unrichtig, zu behaupten, dass bei den nachstehenden Beispielen die Abgeschlossenheitserfordernisse nicht gelten würden.
26 Beispiele bei Bärmann/Pick, § 5, N 19; vgl. im übrigen auch vorne § 7 III B 3 b.
27 Friedrich, § 2, N 8.
28 Vgl. auch Ziff. 5a der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen (vorne I 2) a.E.

- Grundsätzlich den gewöhnlichen Anforderungen unterliegen Mansarden, Lager- und Bastelräume; bei ihnen ist es zumutbar, eine dreidimensionale Abgrenzung und eine verschliessbare Türe zu verlangen[29].
- Für Estrich- und Kellerabteile genügen im Normalfall Holzplattenverschläge, doch muss dabei die Abschliessbarkeit ebenfalls gegeben sein[30].
- Bei Autoeinstellboxen können Drahtgitter verwendet werden; es muss sich aber um eigentliche abschliessbare Gitter handeln, nicht um zaunmässige, einmetrige Abschrankungen[31].
- Beim gewerblichen Stockwerkeigentum (z.B. Einkaufszentrum) kann die Abgeschlossenheit dadurch bewirkt werden, dass ein Verkaufsladen vom anderen durch ein abschliessbares Schiebe- oder Fallgitter getrennt wird.
- Türen aller Art (Holz, Glas u.a.) genügen ohnehin dem Abgeschlossenheitserfordernis (so sind eine Arztpraxis und eine Arztwohnung, die miteinander durch eine abschliessbare Türe verbunden sind, in sich abgeschlossene Einheiten[32]).

C Ausnahmen

1. Nicht fremde Räume

In der Praxis kommt es häufig vor, dass ein Stockwerkeigentümer mehrere Einheiten besitzt (z.B. zwei Wohnungen auf dem gleichen Stockwerk, ein Ladenlokal und die darüberliegende Wohnung bzw. den Büroraum u.a.). Es stellt sich deshalb die Frage, ob die bauliche Abgeschlossenheit auch gegenüber Räumen erforderlich ist, die ebenfalls dem betreffenden Stockwerkeigentümer gehören (z.B. auch gegenüber direkt verbundenen Räumen in einem dem Stockwerkeigentümer zu Alleineigentum gehörenden Nachbargrundstück).

Der gesetzgeberische Gedanke des Abgeschlossenheitserfordernisses liegt darin, körperlich klar getrennte Raumeinheiten zu erhalten und wirtschaftliche Einheiten zu bilden[33]. Das Zweite muss auch für grundbuchlich getrennte, aber dem gleichen Stockwerkeigentümer gehörende Eigentumswohnungen gelten[34]; so wäre es beispielsweise unzulässig, in der Arztwohnung keine Toilette zu konzipieren in der Meinung, die Bewohner könnten diejenige der Arztpraxis benützen. Hingegen rechtfertigt es sich nicht, auch an der strengen räumlich-körperlichen Abgrenzung festzuhalten. Diese Anforderungen dienen dazu, die Eigentums- und Nutzungsverhältnisse innerhalb des zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäudes klarzustellen "und den Streitigkeiten vorzubeugen, die sich aus der Unklarheit dieser Beziehungen inner-

29 Friedrich, § 2, N 9.
30 Friedrich, ZBGR 1966, 333.
31 Eine Ausnahme stellt nun der neue Art. 3 Abs. 2 Satz 2 des WEG dar (dazu nachfolgend C 2).
32 So Obergericht Solothurn, 22.2.1971, SJZ 1972, 13 f.
33 Vgl. vorne § 8 II A 1.
34 Diese Komponente scheint Weitnauer (Weitnauer/Wirths, § 3, N 7a) vollständig übersehen zu haben.

halb eines Gebäudes ergeben können"[35]. Das Kriterium der räumlichen Abgeschlossenheit soll Klarheit darüber verschaffen, welche Gebäudeteile einzelnen Stockwerkeigentümern zur ausschliesslichen Nutzung vorbehalten sind und welche sie gemeinschaftlich nutzen dürfen[36]. Sofern nun zwei benachbarte Stockwerkeinheiten (vertikal oder horizontal) demselben Eigentümer gehören, erübrigt sich die Notwendigkeit dieser Abgrenzung. Es bestehen deshalb keine Bedenken dagegen, die Abgeschlossenheit einer Eigentumswohnung gegenüber einer solchen desselben Eigentümers oder gegenüber Räumen, die sich auf einem ihm allein gehörenden Nachbargrundstück befinden und mit diesem in unmittelbarer baulicher Verbindung stehen[37], ohne baulich abgeschlossen zu sein, anzuerkennen, so dass ihre wirtschaftlich sinnvolle gemeinschaftliche Nutzung ermöglicht wird[38].

In diesem Sinne eindeutig ist die Umschreibung des Abgeschlossenheitsgrundsatzes bei Staudinger/Ring[39]: Jene Räume haben als abgeschlossen zu gelten, die baulich von "fremden" Räumen getrennt sind. "Fremd" ist dabei insoweit ein mitentscheidender Begriff, als klar zum Ausdruck kommt, dass die Abgeschlossenheit gegen anderes Eigentum, sei es gemeinschaftliches oder Dritten gehörendes Eigentum, gerichtet ist. Dagegen genügt gegenüber eigenem Eigentum eine fiktive Abgrenzung, z.B. die Festlegung der Grenze der Eigentumswohnung im Aufteilungsplan, damit beim allfälligen Verkauf einer Einheit die räumliche Abgeschlossenheit wiederhergestellt werden kann.

In entsprechender Weise ist die Frage der Abgeschlossenheit zu lösen, wenn ein Stockwerkeigentümer in einem Haus, das mit dem Gebäude, in dem er seine Einheit hat, zusammengebaut ist, ein beschränktes dingliches Wohnrecht (ZGB 776) oder ein Dauernutzungsrecht (WEG 31) besitzt: Die Streitigkeiten vermeidende und Kompetenzen scheidende Abgeschlossenheit ist gegenüber solchen Nachbargrundstücken und deren wesentlichen Bestandteilen durch die auch das Gebäude teilende Grundstücksgrenze im Normalfall hinreichend gegeben[40]. Gerade eine Grundstücksgrenze bildet nämlich eine rechtlich viel stärkere Abgrenzung für die Eigentumsgrösse, als es die Mauer sein kann; jeder weiss, dass eine Stockwerkeinheit an der Grundstücksgrenze "abgeschlossen" ist und dort ebenso eindeutig endet, wie wenn an dieser Grenze noch zusätzlich eine Mauer oder eine sonstige Grenzeinrichtung erbaut wäre[41].

Praktisch kommt insbesondere die Entfernung einer nichttragenden Zwischenwand zwischen zwei Stockwerkeinheiten, die demselben Eigentümer gehören, oder die Verbindung zweier übereinanderliegender Einheiten (z.B. Verkaufslokal und Büroraum, Laden und Wohnung) durch eine innere Treppe in Frage.

35 Weitnauer/Wirths, § 3, N 7a; LG München I, 31.3.1973, DNotZ 1973, 418.
36 Obergericht Solothurn, 22.2.1971, SJZ 1972, 13 f.
37 Ein Sonderrecht an einer offenen Grundstücksfläche (z.B. in Wegbreite) ist ausgeschlossen, weil diese ein gemeinschaftlicher Teil ist (vorne § 7 III A). Es ist aber möglich, ein Sondernutzungsrecht dem betreffenden Stockwerkeigentümer einzuräumen (vgl. im einzelnen hinten § 12 IV und 14 III).
38 Weitnauer/Wirths, § 3, N 7a; Weitnauer, DNotZ 1977, 40.
39 Staudinger/Ring, § 3, N 19.
40 So auch LG München I, 31.1.1973, DNotZ 1973, 419.
41 Hans Walberer, DNotZ 1973, 420 (Anm. zum vorerwähnten Beschluss).

2. Autoabstellplätze

a) Einstellplätze in Sammelgaragen

aa) Während das schweizerische Recht auch bei den Autoabstellplätzen am Abgeschlossenheitsgrundsatz festhält und nur insoweit eine "Erleichterung" möglich ist, als Nebenräume nicht einer eigentlichen Ummauerung bedürfen und z.B. Drahtgitter als Abgrenzung genügen[42], ist das deutsche Recht vom streng dogmatischen Prinzip der Abgeschlossenheit mit der Novellierung des WEG im Jahre 1973 abgewichen, indem ein neuer § 3 Abs. 2 Satz 2 zugefügt worden ist: "Garagenstellplätze gelten als abgeschlossene Räume, wenn ihre Flächen durch dauerhafte Markierungen ersichtlich sind." Diese Bestimmung gilt nach unumstrittener Lehre nur für Einstellplätze in einer Sammelgarage, nicht für Abstellplätze im Freien[43]. Eine solche Ausnahme von einem wichtigen Grundsatz des WEG ist aber dennoch nicht unproblematisch[44]: Neben der dogmatischen Fragwürdigkeit führt eine entsprechende Ausgestaltung dazu, dass etwa in Grossüberbauungen für Garagenstellplätze minimste Miteigentumsbruchteile (z.B. 1/1'000'000) ausgeschieden werden müssen, die eine wesentliche Komplizierung der gesamten Verwaltungstätigkeit mit sich bringen (z.B. Abstimmungen in den Versammlungen, Kostenverteilung), oder dass in Garagehäusern Gemeinschaften von vielleicht 300 Wohnungseigentümern bestehen, die je nur einen kleinen Anteil innehaben; überdies ist es fraglich, ob es wirtschaftlich tatsächlich notwendig ist, dass solche Garagenstellplätze belastet werden können[45]. Anderseits ist immerhin festzustellen, dass durch die Neuregelung manche Schwierigkeiten bei der Vertragsgestaltung und beim grundbuchlichen Vollzug (z.B. bei der Einräumung und Übertragung von Sondernutzungsrechten oder bei der Konstituierung von Unter-Miteigentümergemeinschaften[46]) vereinfacht worden sind[47].

bb) Die Novellierung des WEG hat aber nicht die erhoffte Beseitigung von Problemen bei der Begründung von Garagenstellplätzen gebracht, indem sich statt der alten neue Fragen eröffnen. Der Grund liegt im dogmatischen "Kunstgriff" des Gesetzgebers: Garagenstellplätze gelten als abgeschlossene Räume. Gesetzgebungstechnisch handelt es sich also um eine Fiktion, indem WEG 3 II 2 zwei Tatbestände normativ gleich bewertet, die in Wirklichkeit nicht gleich sind: Die normative Gleichsetzung bewirkt, dass dieselben Rechtsfolgen ausgelöst werden[48]. Die Fik-

42 Vorne § 8 II B.

43 Vorne § 7 III A 2.

44 Kritisch insbesondere Diester, Rechtsfragen, N 51 (vgl. auch dort zitierte Literatur) und N 150 ff (v.a. N 151) sowie Diester, Novellierung des WEG; Sondereigentum an Pkw-Abstellplätzen?, BB 1972, 685 f. Diester befürchtet hauptsächlich, dass die Lockerung der strengen dogmatischen Grundsätze die Gefahr eines Rückfalls zu den verworrenen und Streit auslösenden alten Zuständen bewirke; zudem sei keine Entlastung der Grundbuchämter zu erwarten.

45 Ebensowenig entspricht der Wunsch der Bauträgergesellschaften, solche Garageneinstellplätze gegen einen zusätzlichen Preis gesondert zu verkaufen, einem ausreichend berechtigten Bedürfnis.

46 Im einzelnen dazu hinten § 8 IV, § 10 II A.

47 Weitnauer/Wirths, § 3, N 7c; Röll, Teilungserklärung, 19 f.

48 Vgl. Josef Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1969, 25; Kummer, Einleitung, Art. 8, N 344 ff.

tionsbasis "Garagenstellplätze mit dauerhafter Markierung" wird gleich bewertet wie "abgeschlossene Räume". Unklar ist aber dabei insbesondere, ob der Gesetzgeber eigentlich nur die Abgeschlossenheit selber oder auch die Raumeigenschaft generell fingieren wollte[49].

Bei den gewöhnlichen Einstellplätzen in Sammelgaragen wirkt sich diese Frage nicht weiter aus: Gegenstand des Sondereigentums ist der "lichte Raum", der durch eine – fiktive – vertikale Verlängerung der Markierung begrenzt ist; die sonstigen Teile der Garage, insbesondere die Zufahrtswege, verbleiben jedenfalls im gemeinschaftlichen Eigentum[50].

Die Anforderungen an die dauerhafte Markierung, die einen Garagenstellplatz auszeichnen muss, ergeben sich aus Ziff. 6 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäss WEG 7 IV 2 und WEG 32 II 2 vom 19.3.1974; als dauerhafte Markierungen gelten[51]:

- Wände aus Stein und Metall,
- fest verankerte Geländer oder Begrenzungseinrichtungen aus Stein oder Metall,
- fest verankerte Begrenzungsschwellen aus Stein oder Metall,
- in den Fussboden eingelassene Markierungssteine sowie
- andere, mindestens gleichwertige Massnahmen (z.B. Kunststoff, dauerhafter Maschen- oder Holzzaun[52]).

Sinn der Verwaltungsvorschrift ist es, angesichts der fehlenden Abgeschlossenheit Missverständnisse über die den Sondereigentümern zustehenden Abstellflächen auszuschliessen und eine klare Abgrenzung zum Gemeinschaftseigentum zu erreichen; deshalb dürften einfache Farbanstriche nicht genügen, weil sie wegen des Überfahrens bald unkenntlich würden[53]; da aber Lage und Grösse der Garagenstellplätze aus dem Aufteilungsplan ersichtlich sein müssen, könnten sie wenigstens bei Unkenntlichkeit wieder rekonstruiert werden[54].

cc) Die Begründung von Teileigentum an Abstellplätzen in Sammelgaragen kann auf zwei Arten geschehen: Entweder wird das Sondereigentum an dem Garagenplatz mit demselben Miteigentumsanteil verbunden wie das Sondereigentum an der Wohnung oder das Sondereigentum am Abstellplatz wird mit einem besonderen Miteigentumsanteil verknüpft[55].

b) Abstellplätze auf dem nicht überdachten Oberdeck eines Hauses

aa) Die herrschende deutsche Lehre geht unbestritten davon aus, dass Abstellplätze auf dem nicht überdachten Oberdeck eines Gebäudes mangels allseitiger Umschliessung keine Räume sind. Dementsprechend kann an ihnen nur dann Son-

49 Dazu nachfolgend b.
50 Weitnauer/Wirths, § 3, N 7c.
51 Abgedruckt bei Weitnauer/Wirths, 336.
52 Vgl. Bärmann/Pick, KK, 18.
53 Bärmann/Pick, § 3, N 24; a.A. wohl Soergel/Baur, § 3, N 36.
54 Es ist deshalb zu erwarten, dass die deutsche Praxis bald einmal auch gewöhnliche Farbanstriche genügen lässt, nachdem die dogmatischen Grenzen bereits aufgeweicht sind (so bereits Soergel/Baur, § 3, N 36).
55 Weitnauer/Wirths, § 3, N 7c; eingehender hinten § 11 II A 1 b und c.

dereigentum begründet werden, wenn die Fiktion von WEG 3 II 2 auch für markierte Flächen auf dem Dach eines solchen Hauses gilt, wenn somit zwischen ihnen und den Abstellplätzen im Freien, die zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum stehen, zu unterscheiden ist. Das nicht überdachte Oberdeck eines Gebäudes darf zwar nicht einfach mit dem Boden des Grundstücks, aber auch nicht mit einer Einstellhalle gleichgesetzt werden; es liegt zwischen diesen beiden und es ist deshalb zu entscheiden, wieweit sich die Fiktion von WEG 3 II 2 auch noch über den Garagenabstellplatz hinaus erstreckt. Hinsichtlich dieser Frage herrscht in Deutschland keine Einstimmigkeit: Für die Zulässigkeit der Ausscheidung solcher Abstellplätze auf dem Dach zu Sondereigentum sprechen sich Merle[56] und das OLG Frankfurt[57] aus, gegen die Zulässigkeit das LG Lübeck[58,59] und wohl auch Bärmann/Pick[60] sowie Soergel/Baur[61].

In der Schweiz ist die Begründung von Sonderrechten an Abstellplätzen auf dem nicht überdachten Oberdeck eines Gebäudes ohnehin ausgeschlossen, weil die Raumeigenschaft nicht gegeben ist und eine WEG 3 II 2 entsprechende Fiktion fehlt.

bb) Der Begriff "Garagenstellplätze", den das Gesetz verwendet, hilft als solcher nicht weiter, weil er einerseits rechtlich nicht definiert ist, anderseits im alltäglichen Sprachgebrauch in verschiedener Weise verwendet wird (z.B. "Laternengarage" für einen offenen Abstellplatz an der Strasse).

Entscheidend ist, ob der Gesetzgeber in WEG 3 II 2 nur die Abgeschlossenheit oder auch die Raumeigenschaft fingieren wollte. Wenn die Abgeschlossenheit fingiert ist, bedeutet "Garage" notwendig bereits einen Raum, in dem sich die Abstellplätze befinden, wobei sie durch die Abgeschlossenheitsfiktion sondereigentumsfähig werden[62]; wird hingegen der Raum fingiert, darf der Abstellplatz nur nicht auf dem unbebauten Grundstück liegen (WEG 1 V), sondern muss im Zusammenhang mit einem Gebäude stehen.

– Für die These, dass der Gesetzgeber nur die Abgeschlossenheit fingieren wollte, spricht der Satz aus der Begründung des Entwurfs: "§ 3 Abs. 2 S. 2 sieht ... für Garagenstellplätze vom Erfordernis der Abgeschlossenheit ab und fingiert sie für den Fall einer dauerhaft markierten Abgrenzung der Stellfläche"[63]. Entgegen Merle[64] erscheint diese Aussage als eindeutig und kann auch nicht mit der Behauptung widerlegt werden, der Gesetzgeber hätte bei einer Fiktion der Abgeschlossenheit den entsprechenden Absatz anders formulieren müssen ("Garagenstellplätze gelten als abgeschlossen, wenn ...")[65].

56 Merle, Rechtspfleger 1977, 196 ff.
57 OLG Frankfurt, 26.4.1977, DNotZ 1977, 635 ff.
58 LG Lübeck, 11.7.1975, Rechtspfleger 1976, 252 f.
59 In diesem Sinne auch das OLG Hamm, 2.10.1974, NJW 1975, 60 f, das sich zwar nur mit Abstellplätzen im Freien zu befassen hatte; auf diesen Entscheid bezieht sich wohl auch Merle (Rechtspfleger 1977, 197, Anm. 2), obschon er doppelt falsch zitiert ist (OLG Celle statt Hamm; Rechtspfleger 1976, 27 statt 1975, 27).
60 Diese Tendenz dürfte jedenfalls § 3, N 24 aufweisen.
61 Soergel/Baur, § 3, N 36.
62 So LG Lübeck (Anm. 58), 253; OLG Hamm (Anm. 59), 60 f.
63 Begründung des Entwurfs, abgedruckt bei Bärmann/Pick, Anh. V, 1092.
64 Merle, Rechtspfleger 1977, 197, der einfach darauf verweist, dass von der Raumeigenschaft nicht die Rede sei, weshalb die Normvorstellungen des Gesetzgebers diesbezüglich unklar geblieben seien.
65 So übereinstimmend Merle, Rechtspfleger 1977, 197 und das OLG Frankfurt (Anm. 57), 637.

Weiter wird angeführt[66], dass die Vorschrift von WEG 3 II 2 nach der Systematik des WEG in § 1 III hätte angefügt werden müssen, wenn der Gesetzgeber die Raumeigenschaft hätte fingieren wollen. Dem kann entgegengehalten werden, dass die Abstellplätze auf unbebauten Grundstücksflächen im Hinblick auf das Fehlen eines Gebäudes auch nach der Einfügung des Satzes 2 in WEG 3 II nicht als sondereigentumsfähig angesehen werden könnten, so dass es lediglich einer Klarstellung bei WEG 3 II bedurfte[67].

Für die Auslegung, dass der Gesetzgeber nur die Abgeschlossenheit fingiert hat, spricht schliesslich, dass der Bestimmtheitsgrundsatz eher gewahrt ist, wenn wenigstens die Überdachung feststeht, als wenn diese auch noch fehlt[68].

– Für die These, dass der Gesetzgeber die Raumeigenschaft fingieren wollte, spricht der Satz aus der Begründung des Entwurfs: "Für Kraftwagenstellplätze im Freien bedarf es keiner entsprechenden Sonderregelung, weil hier die Verhältnisse anders liegen und bisher zu keinen Schwierigkeiten in der Praxis geführt haben. Da es sich hierbei nicht um Plätze in einem Gebäude (Garage) handelt (vgl. § 3 Abs. 1), würde eine der für Garagenstellplätze vorgeschlagenen entsprechende Regelung zu Sondereigentum an einer blossen Grundstücksfläche führen; dies kommt aus grundsätzlichen Erwägungen nicht in Betracht"[69]. Dieser Passus deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber zwischen den Stellplätzen im Freien und denjenigen in (auf?) einem Gebäude unterscheiden wollte.

Aus der Entstehungsgeschichte und der Systematik der neuen Bestimmung ist also kein eindeutiger Schluss zu ziehen. Die Initianten der Gesetzesänderung scheinen an Abstellplätze auf einem Gebäude nicht ausdrücklich gedacht zu haben. An sich wäre eine parallele Anwendung der Regeln, wie sie für die Dachterrassen entwickelt worden sind, erwägbar[70]. Sie verbietet sich m.E. aber deshalb, weil die Sondereigentumsfähigkeit von Dachterrassen in der deutschen Lehre nicht deshalb bejaht wird, weil der – nicht umschlossene – Raum fingiert werden könne, sondern weil ein unmittelbarer räumlicher Zusammenhang dieser Gebäudeteile mit der darunterliegenden Wohnung bestehe[71].

Deshalb ist auf die teleologischen Grundgedanken des Gesetzgebers zurückzugreifen: Mit der Revision strebte er insbesondere zwei Ziele an, nämlich die Bekämpfung nicht unbedingt notwendiger grundbuchlicher Vollzugsschwierigkeiten sowie die Möglichkeit der selbständigen Verkehrsfähigkeit und Belastbarkeit von Abstellplätzen[72,73]; für die Verwirklichung dieses Zieles nahm der Gesetzgeber bewusst die Durchbrechung eines wichtigen dogmatischen Grundsatzes des Wohnungseigentums in Kauf. Wenn nun schon wirtschaftlichen und praktischen Erwägungen ein höheres Gewicht beigemessen wird als dogmatisch-juristischen, liegt es an sich nahe, diese nicht nur für Abstellplätze – das Gesetz spricht im übrigen nicht von

66 LG Lübeck (Anm. 58), 253.
67 OLG Frankfurt (Anm. 57), 636.
68 Zu den Bedenken hinsichtlich der sachenrechtlichen Bestimmtheit insbesondere LG Lübeck (Anm. 58), 253.
69 Begründung des Entwurfs, abgedruckt bei Bärmann/Pick, Anh. V, 1092.
70 So ausdrücklich Merle, Rechtspfleger 1977, 198.
71 Zu Recht stellt das OLG Frankfurt (Anm. 57), 636 fest, dass die Sondereigentumsfähigkeit von Abstellplätzen auf dem unüberdachten Oberdeck eines Gebäudes nicht daraus hergeleitet werden könne, dass an Balkonen und Dachterrassen Sondereigentum begründet werden könne; unrichtig dagegen Merle, Rechtspfleger 1977, 198, der zwar ausdrücklich der Zusammenhangsthese bei Dachterrassen folgt, aber dennoch eine Parallele zu den Abstellplätzen auf dem Dach ziehen will, obwohl dort gerade der Zusammenhang nicht gegeben ist.
72 Begründung des Entwurfs, abgedruckt bei Bärmann/Pick, Anh. V, 1090 f, 1091 f.
73 Überbetont wird die selbständige Verkehrsfähigkeit von Merle, Rechtspfleger 1977, 198, der darin das einzige Motiv sieht.

Garageneinstellplätzen, sondern nur von Garagenstellplätzen – in einer Sammelgarage, sondern auch für solche auf einem nicht überdachten Oberdeck eines Gebäudes als zutreffend zu erachten. Eine übermässige Beeinträchtigung der Rechtssphäre eines Dritten durch das Abstellen eines Autos auf dem Oberdeck eines Baukörpers erscheint überdies unwahrscheinlich; ebenso sprechen nicht Gründe der Rechtssicherheit gegen eine solche Ausgestaltung, weil Unbefugten der Zugang zum Parkhaus durch Rollgitter oder Schranken verwehrt werden kann[74]. Diese Auslegung ändert an sich nichts daran, dass gegen WEG 3 II 2 allgemein dogmatische Bedenken bestehen[75] und die sachliche Rechtfertigung der Verselbständigung kleinster Miteigentumsanteile in Frage gezogen werden kann[76]; es handelt sich aber m.E. vorliegend um das Problem der sachlich richtigen Zuordnung: Abstellplätze auf dem nicht überdachten Oberdeck eines Gebäudes sind "verwandter" mit Garageneinstellplätzen als mit Abstellplätzen im Freien, weshalb WEG 3 II 2 in dieser Hinsicht extensiv auszulegen ist. Die gegenteilige Auslegung erscheint angesichts der ohnehin vorhandenen Durchbrechung des Abgeschlossenheitsgrundsatzes als zu formal; deshalb lässt sich auch nicht mit dem Grundsatz der restriktiven Interpretation von Ausnahmevorschriften argumentieren. Angesichts der Umstrittenheit der Frage wäre es jedoch wünschenswert, wenn sich der Gesetzgeber – was er bisher nicht getan hat – anlässlich der bevorstehenden Revision des WEG auch mit § 3 II nochmals befassen und eine eindeutige Bestimmung formulieren würde.

c) Abstellplätze in Doppelstockgaragen

Unter einer Doppelstockgarage ist eine Einzelgarage (mit oder ohne Tor) zu verstehen, deren Höhe es ermöglicht, zwei Autos übereinander zu parkieren, wobei ein verstellbarer Hebemechanismus von der ebenen Einfahrt aus entweder zur oberen oder unteren Abstellrampe führt. Das BayObLG hat die Sonderrechtsfähigkeit solcher Abstellplätze in einer Doppelstockgarage verneint, dies jedoch nur kurz damit begründet, der Stellplatz stelle lediglich einen Teil einer dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Garage dienenden beweglichen Einrichtung dar[77].

Bei der Doppelstockgarage als Ganzes handelt es sich zweifelsohne um einen abgeschlossenen Raum; ebenso muss auch davon ausgegangen werden, dass die gegebenen Einrichtungen[78] eine rechtsgenügende dauerhafte Markierung im Sinne von WEG 3 II 2 abgeben; der Hebemechanismus grenzt genau ab, in welchem Bereich der obere und der untere Stellplatz-Inhaber ihre Sondereigentümerrechte ausüben dürfen und erfüllt durchaus die Anforderungen, die an "andere gleichzusetzende

74 OLG Frankfurt (Anm. 57), 637.
75 Vgl. vorne, insbesondere die Schriften von Diester.
76 Zur Problematik einer Regelung mit Sondernutzungsrechten und beschränkten dinglichen Rechten Merle, Rechtspfleger 1977, 198.
77 BayObLG, 29.11.1974, DNotZ 1976, 28 ff; ihm folgend auch Weitnauer, DNotZ 1977, 40 und Soergel/Baur, § 3, N 36.
78 Weil in der Schweiz eine dauerhafte Markierung ohnehin nicht genügt, stellt sich die Frage der Sonderrechtsfähigkeit von Doppelstockgaragen gar nicht.

Massnahmen" gemäss Ziff. 6e der Richtlinien[79] gestellt werden[80]. Die Problematik bei den Doppelstockgaragen besteht jedoch darin, dass der lichte Raum von beiden Stellplatz-Inhabern benützt werden muss. Bei den Einstellplätzen in Sammelgaragen hat der Gesetzgeber den Raum über der Markierung als Sondereigentumsteil fingiert (abgeschlossen durch die Decke), weshalb z.B. ein anderer Garagenbenützer nicht in diesen Luftraum eindringen darf; beim Abstellplatz auf dem Oberdeck eines Hauses ist die obere Grenze auf Grund des Interesses des Betroffenen ebenfalls zu fingieren. Schliessen diese gesetzgeberischen Ausgangspunkte es aus, dass die beiden in Frage stehenden lichten Räume ineinandergreifen können, dass sich also der eine zu Lasten des anderen ausdehnen darf? Noack[81] bejaht die Frage mit der Begründung, die Hebevorrichtung, welche die Doppelstockgarage überhaupt erst funktionsfähig mache und die Markierung darstelle, sei nur eine (gemeinsame) Vorrichtung und werde von einem (gemeinsamen) Schalter aus bedient; die Hebebühne erweise sich in ihrer jeweiligen Stellung als dauerhafte Markierung, doch schliesse die funktionsbedingte Veränderungsmöglichkeit die Eignung als Trennsubstanz aus. Mit dieser Argumentation geht Noack jedoch von der Körperlichkeit der Abgrenzung aus, die WEG 3 II 2 gerade überwinden wollte. Die Gleichstellung mit den Autoabstellplätzen im Freien ist deshalb verfehlt, weil es bei diesen in Wirklichkeit weniger darum geht, dass die Raumeigenschaft nicht – etwa auf Grund des vernünftigen Interesses – mit einer ideellen Umgrenzung fingiert werden könnte, als darum, dass die Zuweisung von Boden zu Sondereigentum dem Wesen des Wohnungseigentums diametral widerspricht. Es muss deshalb auch bei den Stellplätzen in Doppelstockgaragen davon ausgegangen werden, dass sich der lichte Raum durchaus fingieren lässt; der Unterschied zu den Einstellplätzen in Sammelgaragen liegt nur darin, dass keine messbare Grösse vorgegeben ist, der Umfang des lichten Raumes sich mithin nach dem Benützungsinteresse bestimmt[82]. Man hat sich also den Raum als in den Massen nicht fixierten Kubus vorzustellen, wobei immerhin die Maximalgrösse durch das Gebäude und den Minimalraum des anderen Beteiligten vorgegeben ist. Beim Gebrauch des durch beide benützbaren Raumteiles gilt der Rücksichtnahmegrundsatz gemäss WEG 14[83]. Die Elastizität des Eigentums ist, sobald man sich von der körperlichen Umgrenzung des Raumes gelöst hat, nicht eine neue Erscheinung (z.B. "automatische" Ausdehnung bei Wegfall von Dienstbarkeiten)[84]. Diese Auslegung entspricht m.E. auch den Intentionen des Gesetzgebers: Er wollte die Verfügungsfreiheit über Garagenstellplätze und eine einfachere grundbuchliche Behandlung erreichen, und zwar unter Aufgabe des Prinzips der Abgeschlossenheit; hätte er auch an die Abstellplätze in Doppelstockgaragen gedacht, wären wohl diese ebenso in die neugeschaffene Gruppe von Sondertatbeständen einbezogen worden.

79 Vorgehend a.
80 So auch Noack, Rechtspfleger 1976, 5.
81 Noack, Rechtspfleger 1976, 6.
82 Eine ähnliche Begrenzung muss auch bei den Abstellplätzen auf einem nicht überdachten Oberdeck vorgenommen werden: Die Rechte erstrecken sich nur so weit, als ein Interesse vorhanden ist; vgl. diesbezüglich die Formulierung von ZGB 667, die etwas weiter geht (engere Interessenbegrenzung) als BGB 905.
83 Der Grundsatz der Rücksichtnahme gilt entsprechend wie bei der Benützung der gemeinschaftlichen Anlagen im zu Wohnungseigentum aufgeteilten Gebäude.
84 Vgl. Meier-Hayoz, Syst. Teil, N 196.

3. Veranden, Loggien, Balkone

a) Veranden und Loggien

aa) Veranden und Loggien bestimmen die äussere Gestalt des Gebäudes mit; wie bereits dargetan[85], brauchen sie deswegen nicht zwingend gemeinschaftliche Teile zu sein, denn soweit es um die Ausgestaltung des Innenbereichs geht, wird der Gesamtanblick des Gebäudes – ausser durch übermässig störende Aufmachungen oder besonders auffällige Gegenstände – nicht beeinträchtigt.

bb) Nicht gegeben ist die vom Abgeschlossenheitserfordernis grundsätzlich verlangte dreidimensionale Umschlossenheit des Luftraumes. Immerhin haben Veranden und Loggien aber nicht nur Fussböden und Decken, sondern auch mehrere Seitenwände. "Sie unterscheiden sich von den eigentlichen Wohnräumen nur dadurch, dass eine oder mehrere Wände fehlen oder weniger stark nach aussen abgeschlossen sind"[86]. Dennoch ist der Luftraum, den das Sonderrecht umfasst, ohne weiteres bestimmbar. Es erscheint deshalb als sinnvoll, Veranden und Loggien ebenfalls zu den abgeschlossenen Räumen zu zählen, auch wenn sie nicht durch sechs eigentliche Flächen umgrenzt sind. Entsprechend der ausdrücklichen gesetzlichen Fiktion der Abgeschlossenheit hinsichtlich der Abstellplätze (WEG 3 II 2) kann auch hier die ansatzweise vorgenommene Abgrenzung als vollständige Abgeschlossenheit fingiert werden; Streitigkeiten wegen mangelnder sachenrechtlicher Trennung dürften sich kaum einstellen[87]. Eine solche Auslegung entspricht zudem auch den praktischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten: Loggien und Veranden sind eng und unmittelbar mit der Wohnung, zu der sie gehören, verbunden; nur von ihr aus können sie z.B. betreten werden, für eine Mitbenützung durch andere Hausbewohner besteht kaum eine Möglichkeit[88]; allein der Eigentümer der angrenzenden Wohnung kann sie verwalten und innen baulich ausgestalten (z.B. Fussbodenbelag); mit der entsprechenden Raumeinheit ist also das Recht auf Benutzung untrennbar verbunden.

In Würdigung aller Umstände geht deshalb die herrschende Lehre[89] zu Recht davon aus, dass von einer strengen Beachtung des Abgeschlossenheitsgrundsatzes bei Veranden und Loggien abzusehen ist und die Begründung von Sonderrechten möglich sein muss.

85 Vorne § 7 III C 3.

86 Diester, NJW 1961, 302.

87 Mangels eines Zuganges kann sich insbesondere nicht die Frage des gemeinschaftlichen Gebrauchs stellen; umstritten kann höchstens eine die äussere Gestalt des Gebäudes verunstaltende Aufmachung sein, die zu unterlassen der Stockwerkeigentümer ohnehin (ob er nun das Sonderrecht oder nur das zwingend ihm zu verleihende Sondernutzungsrecht hat) verpflichtet ist.

88 Diester, NJW 1961, 302.

89 F. Schmid, 18; Bärmann/Pick, § 5, N 27; Diester, NJW 1961, 302 f; Diester, Rechtsfragen, N 112; Röll, Teilungserklärung, 19; LG München, 21.2.1969, Rechtspfleger 1969, 245 ff. Die schweizerische Lehre hat sich im allgemeinen mehr mit den Balkonen als mit den Veranden und Loggien auseinandergesetzt.

b) Balkone

aa) Wie Veranden und Loggien haben auch Balkone einen Einfluss auf die äussere Gestalt des Gebäudes; wegen ihrer baulich exponierten Lage ist die Gefahr der Beeinträchtigung des Gesamtbildes eher noch stärker. Dennoch ist das Interesse der Gemeinschaft am Innenbereich des Balkons nicht so erheblich, dass dieser zwingend ein gemeinschaftlicher Teil sein müsste[90]; auf Grund der teleologischen Zielsetzung des Gesetzgebers, dem Stockwerkeigentümer eine möglichst eigentümerähnliche Stellung einzuräumen, soll ihm ein gewisser freier Betätigungsbereich auch auf dem Balkon offenstehen.

bb) Noch in höherem Masse als den Veranden und Loggien fehlt den Balkonen die dreidimensionale, körperlich-räumliche Abgeschlossenheit: Der individuelle Gestaltungsbereich ist durch die bauliche Anlage weniger stark eingegrenzt (Balkonboden, Umfassungsmäuerchen oder Gitter, darüberliegender Balkon).

Obwohl den Balkonen im streng verstandenen Sinne die Abgeschlossenheit fehlt, ist es in Deutschland herrschende Lehre geworden, dass Sondereigentum an ihnen bestehen kann[91]. Demgegenüber ist die Frage in der Schweiz umstritten[92,93].

Auszugehen ist davon, dass Balkone grundsätzlich nicht zu den tragenden Konstruktionsteilen des Gebäudes gehören (wie der Fussbodenbelag und die Innenwände)[94] und ihre Nutzung die Rechte der anderen nicht in unzumutbarer Weise gefährdet, auch wenn deren Gebrauch nur den einzelnen obliegt; lediglich die Aussenseite des Balkons ist als Fassadenbestandteil vor einer Änderung, die zu einer Beeinträchtigung des Gesamtbildes des Gebäudes führt, geschützt. Entscheidend ist somit, ob ein hinreichend umgrenzter Raum vorhanden ist, auf den sich das Beherrschungsrecht des Stockwerkeigentümers erstrecken kann[95]. Dies ist aber m.E. bei Balkonen der Fall: Auch wenn man wegen der mangelnden dreidimensionalen Eingrenzung nicht von einem eigentlichen Raum sprechen kann, so liegt doch eine gewisse Umgrenzung vor: Der Sonderrechtsbereich ist beschränkt durch den Boden des Balkons, die wegen der äusseren Gestalt des Gebäudes nicht veränderbaren Aussenbestandteile (Mäuerchen, Gitter u.a.) sowie den normalerweise vorhandenen Boden des darüberliegenden Balkons; eine körperlich-räumliche Umgrenzung fehlt also nur zwischen dem Ende der Aussenverkleidung und der oberen Abdeckung; für diesen Zwischenraum ist es aber gerechtfertigt, die Abgeschlossenheit zu fingieren,

90 Vorne § 7 III C 3.

91 Bärmann/Pick, § 5, N 27 und Kurzkommentar, 29 f; Weitnauer/Wirths, § 5, N 8; Diester, Rechtsfragen, N 110 ff; Röll, Teilungserklärung, 18 f; Hauger, 61; BayObLG, 20.6.1974, MittBayNotV 1974, 149; vgl. auch Friedrich Alsdorf, Rechtsfragen bei Balkonen und ähnlichen Anbauten im Rahmen des WEG, BlGBW 1977, 10 f.

92 Für die Sonderrechtsfähigkeit von Balkonen sprechen sich aus: K. Müller, 19; F. Schmid, 18.

93 Gegen die Sonderrechtsfähigkeit von Balkonen sprechen sich aus: Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 11 und 51 (§ 3 Ziff. 1); Ruedin, 7; Notariatsinspektorat Zürich (Mitteilung Nr. 20, 15 f), wobei es doch wohl etwas übertrieben ist, die eigene Meinung ohne weiteres als die herrschende zu bezeichnen, zumal zu Unrecht zwischen Balkonen und Dachterrassen überhaupt nicht differenziert wird und sich der angeführte Zürcher Obergerichtsentscheid (ZR 1973, Nr. 44) nicht mit der Sonderrechtsfähigkeit der Balkone auseinandersetzt.

94 In einem Spezialfall hat das BayObLG (20.6.1974, MDR 1974, 936) die Bodenplatten eines Balkons als gemeinschaftliches Eigentum betrachtet, weil sie zugleich die Decke des Kellers darstellten.

95 So Röll, Teilungserklärung, 18.

weil damit eine vorstellungsmässig ausreichende Eingrenzung gegeben ist. Abgesehen von der wirtschaftlichen und praktischen Zweckmässigkeit der Einräumung von Sonderrechten an Balkonen erscheint das Festhalten am strengen Abgeschlossenheitsbegriff in diesem Zusammenhang als "unnatürlich und formal"[96].

cc) Folgt man dieser Auslegung, erweist sich – theoretisch – die ausdrückliche Erwähnung der Sonderrechtsfähigkeit von Balkonen in der Gemeinschaftsordnung als überflüssig[97]; dennoch wird aus Gründen der Klarheit der Rechtssituation gewöhnlich eine entsprechende Bestimmung von Vorteil sein.

Angesichts der in der schweizerischen Gerichtspraxis noch ungeklärten Rechtslage[98] ist es überdies vorsichtiger, subsidiär zugleich zu bestimmen, dass die Balkone zur ausschliesslichen Benützung denjenigen Stockwerkeigentümern zustehen, zu deren Sonderrechts-Gebäudeteilen die Balkone gehören (Sondernutzungsrecht)[99].

Bei der Frage, ob an den Balkonen Sonderrechte oder nur Sondernutzungsrechte eingeräumt werden können, geht es letztlich – dies sei relativierend angefügt – weniger um die sachenrechtliche Zuordnung als um die Lastentragung, die sich daraus ergibt (ZGB 712a III; WEG 16 II). Balkone sind nämlich als Fassadenbestandteile der Verwitterung besonders ausgesetzt, Reparaturen dementsprechend relativ häufig und teuer; deshalb sind Stockwerkeigentümer, die über keinen Balkon verfügen, wohl kaum bereit, sich an den Balkonreparaturen zu beteiligen[100]. Falls die Zulässigkeit der Ausscheidung von Sonderrechten an Balkonen verneint wird, erweist es sich deshalb als notwendig, in der Gemeinschaftsordnung diesbezüglich eine spezielle Kostenregelung zu treffen, bei der die Stockwerkeigentümer, die einen Balkon besitzen, hinsichtlich der entsprechenden Unterhaltskosten stärker belastet werden.

4. Dachterrassen

a) Das Dach ist nach unbestrittener Lehre ein konstruktiver Gebäudeteil bzw. gehört zum Bestand des Hauses; dennoch wäre die Gemeinschaft aus diesem Grund nicht gehindert, Sonderrecht an der Dachterrasse zu begründen[101], denn dem betreffenden Stockwerkeigentümer wird nicht ein wichtiger Bauteil zur Benützung zugewiesen, sondern er erhält lediglich das Recht, auf diesem Bauteil eine Nutzung auszuüben, die seiner alleineigentümerähnlichen Stellung entspricht, wobei er aber zugleich auf Grund des allgemeinen Rücksichtnahmegrundsatzes – wie innerhalb

96 Vgl. Diester, Rechtsfragen, N 110.
97 Weitnauer/Wirths, § 5, N 8; Palandt/Bassenge, § 5, N 1; Diester, Rechtsfragen, N 112.
98 Das Zürcher Obergericht hat sich im Entscheid vom 20.11.1972 zur Frage der Sonderrechtsfähigkeit von Balkonen nicht geäussert (ZR 1973, Nr. 44).
99 Eine entsprechende Bestimmung enthält etwa das Reglement (Art. 46) der Stockwerkeigentümergemeinschaft "Im Brunnacher", Lindau/ZH, die der Eiwog angeschlossen ist.
100 So auch Röll, Teilungserklärung, 18 f.
101 Vgl. vorne § 7 III B 1.

seiner Eigentumswohnung – die gemeinschaftlichen Teile nicht beeinträchtigen, also z.B. das Dach nicht beschädigen darf[102].

Bedenken gegen die Sonderrechtsfähigkeit der Dachterrasse ergeben sich aber unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der äusseren Gestalt des Gebäudes[103]. Angesichts der im wesentlichen fehlenden Begrenzung der Dachterrasse auf die Seite hin und insbesondere nach oben hat der Stockwerkeigentümer ein hohes Mass an gestalterischen Freiheiten, bei denen auch die potentielle Möglichkeit, dass er damit in ästhetischer Hinsicht den Anblick des Hauses beeinträchtigt (Eingriff in den "Umgebungs"schutz), näher liegt.

b) Noch weniger als die Balkone sind die Dachterrassen umbaute Räume: Die seitliche Eingrenzung ist meist sehr knapp und nach oben fehlt eine solche ohnehin. Angesichts dieser Ausgangslage erscheint es fraglich, ob die Raumeigenschaft bzw. das Abgeschlossenheitserfordernis noch als erfüllt angesehen werden können.

aa) Die schweizerische Lehre geht überwiegend davon aus, dass die Begründung von Sonderrechten an Dachterrassen unzulässig ist. Soweit überhaupt eine Begründung dafür gegeben wird[104], verweisen die Autoren meist entweder auf die fehlende Raumeigenschaft[105] oder auf die Beeinträchtigung der äusseren Gestalt[106]. Lediglich in einem Entscheid der Justizdirektion des Kantons Bern ist die Sonderrechtsfähigkeit von Dachterrassen angedeutet worden[107]; obwohl die erkennende Instanz die Beschwerde gegen das Grundbuchamt, das die Eintragung einer Dachterrasse als Sonderrecht verweigert hatte, aus formellen Gründen vorweg abwies, nahm es zur strittigen Frage dennoch Stellung: "Zweckmässig ist immerhin darauf hinzuweisen, dass ein Flachdach eine mehrfache Funktion haben kann und nicht allein als Bauteil im Sinne von Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 anzusehen ist. Auch die Decke und der Boden einer Stockwerkeinheit werden in der Regel solche Bauteile sein; dennoch sind sie der Sonderberechtigung inhärent. Was das Gesetz für den Boden der Liegenschaft eindeutig vorschreibt (Art. 712b Abs. 2 Ziff. 1), kann nicht ohne weiteres auf Flächen im Gebäude übertragen werden"[108]. Diese nur angedeutete Möglichkeit der Sonderrechtsfähigkeit von Dachterrassen ist später in einem Rundschreiben[109] und einem Kreisschreiben[110] des Berner Grundbuch-Verwalters grundsätzlich bejaht worden. Die erwähnte summarische Argumentation geht m.E. aber am entscheidenden Punkt vorbei: Wohl hindert die elementare Bestandteilseigenschaft des Flachdaches die Sonderrechtsfähigkeit von Terrassen nicht, doch

102 Diese notwendige Differenzierung übersieht Eggen (ZBGR 1972, 217), soweit er aus der Tatsache, dass ein Flachdach zwingend zu den gemeinschaftlichen Teilen gehört, auf die fehlende Sonderrechtsfähigkeit der Dachterrassen schliesst. Nicht klar auch Bärmann/Pick, § 5, N 51.

103 Vgl. vorne § 7 III C 3.

104 Ohne Begründung Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 15.

105 Obergericht Zürich, 20.11.1972, ZR 1973, Nr. 44 (S. 101); Hans Huber, ZBGR 1973, 24; Friedrich, ZBGR 1973, 142; sinngemäss wohl auch Eggen, ZBGR 1972, 212.

106 Hans Huber, ZBGR 1973, 24.

107 Justizdirektion Bern, 6.12.1972, ZBGR 1973, 21 ff.

108 ZBGR 1973, 24.

109 Rundschreiben vom 6.1.1973 des Grundbuch-Inspektors von Bern (Berner Notar 1973, 98).

110 Kreisschreiben Nr. 5 vom 11.11.1974 des Grundbuch-Verwalters von Bern (Berner Notar 1974, 240).

wäre zu prüfen gewesen, ob ein solches Recht mit der Erhaltung der äusseren Gestalt des Gebäudes vereinbar ist und insbesondere, ob die Raumeigenschaft (Abgeschlossenheit) vorliegt[111].

bb) In der deutschen Lehre und Rechtsprechung besteht heute weitgehend Übereinstimmung darüber, dass Dachterrassen zu Sondereigentum ausgeschieden werden können[112]; wenn Bedenken geäussert werden, dann beziehen sie sich auf die Frage allfälliger Eingriffe in elementare Gebäudeteile[113] oder der Beeinträchtigung der äusseren Gestalt, währenddem die fehlende vollständige Ummauerung, also der Verzicht auf die Raumeigenschaft, ohne weiteres akzeptiert wird. Diese Rechtslage entspricht auch der allgemein in Deutschland vorherrschenden Tendenz, den Bereich des Sondereigentums des einzelnen möglichst weit zu ziehen[114].

c) Unter dem Gesichtspunkt der Vertragsgestaltung betrachtet wird man deshalb davon ausgehen können, dass die Ausscheidung der Dachterrasse zu Sondereigentum in Deutschland im Falle der Anfechtung vom Richter akzeptiert würde; ob eine solche Zuordnung im Einzelfall wünschenswert ist, bleibt immerhin fraglich. Demgegenüber dürfte in der Schweiz im Moment von der Begründung von Sonderrecht an Dachterrassen eher abzuraten sein[115]. Es handelt sich zwar um einen Ermessensentscheid, dem im Hinblick auf die Betrachtungsweise bei Balkonen und Veranden Inkonsequenz vorgeworfen werden könnte: M.E. trennt (wenn nicht dogmatisch, so doch praktisch und wirtschaftlich) jedoch Balkone und Dachterrassen mehr als nur ein gradueller Unterschied; bei den letzteren ist nicht nur die Gefahr der Beeinträchtigung der äusseren Gestalt wesentlich grösser[116] (Schädigungsmöglichkeiten an elementaren Gebäudeteilen können vernachlässigt werden[117]), sondern die Raumabgrenzung ist überdies viel ungewisser[118]; es erscheint deshalb nicht als ungerechtfertigt, wenn die Trennlinie von Sonderrechtsfähigkeit und deren Fehlen zwischen dem Balkon und der Dachterrasse hindurch verläuft.

5. Altrechtliches Stockwerkeigentum

Eine weitere Ausnahme vom Abgeschlossenheitsgrundsatz findet sich in der Schweiz im Hinblick auf das altrechtliche Stockwerkeigentum; bei früher schon bestehenden

111 In diesem Punkt zeigt sich auch die Problematik der Sonderrechtsvermutung von ZGB 712b III, indem offensichtlich nur geprüft wird, ob ein zwingend gemeinschaftlicher Gebäudeteil vorliegt und bei einer Verneinung dieser Frage die Sonderrechtsfähigkeit als vorhanden gilt.

112 LG München I, 21.2.1969, Rechtspfleger 1969, 245 ff; OLG Frankfurt, 9.1.1975, Rechtspfleger 1975, 178 f; Bärmann/Pick, § 5, N 27; Diester, Rechtsfragen, N 110; Hauger, 61; Haring, 131; Merle, Rechtspfleger 1977, 198; OLG Köln, 9.1.1976, Rechtspfleger 1976, 185 f.

113 Bärmann/Pick, § 5, N 51.

114 Vgl. den Entscheid des OLG Frankfurt, 26.4.1977, DNotZ 1977, 637 f.

115 Es sei denn, es wolle eine Stockwerkeigentümergemeinschaft einen wegleitenden Entscheid eines kantonalen Obergerichts oder gar des Bundesgerichts provozieren.

116 Vorne § 7 III C 3.

117 Vorne § 7 III B 1.

118 Vorne § 8 II C 4.

Raumeinheiten sind keine zusätzlichen baulichen Massnahmen vorzunehmen, auch wenn sie nicht abgeschlossen sind (SchlT ZGB 20bis).

III Der eigene Zugang

1. Gemäss ZGB 712b I müssen die Eigentumswohnungen nicht nur in sich abgeschlossen sein, sondern auch einen eigenen Zugang haben; WEG 3 II nennt demgegenüber dieses Erfordernis nicht. Dennoch muss m.E. auch für das deutsche Recht davon ausgegangen werden[119], dass nicht nur ein Zugang besteht (sonst könnte die Eigentumswohnung gar nicht betreten werden), sondern dass er auch "eigen" ist, also vom gemeinschaftlichen Eigentum ausgeht und nicht durch fremdes Stockwerkeigentum führt[120].

2. Jede Stockwerkeinheit hat also von Gesetzes wegen einen eigenen, nur für sie angelegten Zugang aufzuweisen; durch ihn wird sie als "organische Einheit" mit der "Umgebung" verbunden. Der Zugang muss von einem gemeinschaftlichen Teil herkommen, sonst wäre er nicht eigen; es spielt aber keine Rolle, ob dies von innerhalb oder ausserhalb des Gebäudes der Fall ist[121]. Der Stockwerkeigentümer soll dementsprechend seine Einheit betreten können "ohne Inanspruchnahme von Räumen im Sonderrecht anderer Stockwerkeigentümer"[122]. Wenn der Zugang nicht direkt vom Grundstück (Boden) ausgeht, wird es sich meist um den Korridor (Eingangshalle u.a.) bzw. das Treppenhaus handeln. Beim gewerblichen Stockwerkeigentum kommt eine gemeinschaftliche Geschäfts- oder Ladenstrasse in Frage.

Eine Stockwerkeinheit kann auch mehr als nur einen Zugang haben[123]; dies ändert aber nichts daran, dass sie eine wirtschaftliche Einheit bleiben muss und nicht wegen zweier Zugänge entzweigeteilt werden darf; mithin müssen also auch bei mehreren Zugängen alle Räume grundsätzlich durch Verbindungstüren miteinander verbunden sein.

Als unzulässige vertragliche Ausgestaltungen haben etwa folgende Möglichkeiten zu gelten:

– Der einzige Zugang zum gemeinschaftlichen Treppenhaus führt durch eine Garage, die zu Sonderrecht ausgeschieden ist[124].

119 Mit diesem Problem befasst sich Hauger in ihrer rechtsvergleichenden Dissertation – zu Unrecht – nicht.

120 Ein eigener Zugang wird deshalb auch von Ziff. 5a der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Ausstellung von Bescheinigungen (vgl. vorne § 8 II A 2) verlangt; dazu auch Bopp, 15.

121 Friedrich, § 2, N 7.

122 Friedrich, ZBGR 1966, 335.

123 Dies ist besonders wichtig im Bereich des gewerblichen Stockwerkeigentums; vgl. auch Bärmann/Pick, § 3, N 42 und dort zitierte Literatur und Rechtsprechung: "Man wird für das Wohnungseigentum nicht unbedingt einen 'Etagenabschluss' fordern können, wohl aber ein geschlossenes Zusammenliegen der Hauptlage, ohne Gemengelage mit anderen (fremden) Räumen und ohne Durchgang durch Räume, die im Sondereigentum anderer Wohnungseigentümer stehen."

124 Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 23.

– An einem Eingangsflur, von dem aus das gemeinschaftliche Treppenhaus in die oberen Stockwerke führt, wird Sonderrecht begründet.
– An der Autoeinstellhalle als Ganzes wird zugunsten des Bauherrn Sonderrecht begründet und zugleich haben verschiedene Stockwerkeigentümer an einzelnen, nur durch die Halle zugänglichen, abschliessbaren Garageboxen ein Sonderrecht[125].
– Zwei untereinander nicht verbundene Zimmer haben je einen Zugang vom Treppenhaus her und weisen keinen inneren Zusammenhang auf[126].

3. Zu Recht verneint – gestützt auf den eindeutigen Wortlaut – die herrschende Lehre die Zulässigkeit des Vorgehens, mittels einer Grunddienstbarkeit den einzigen Zugang über eine fremde Einheit sicherzustellen[127,128]. Eine solche vertragliche Ausgestaltung mit beschränkten dinglichen Rechten würde das gesetzliche Erfordernis des störungsfreien Zugangs illusorisch machen und muss deshalb als Gesetzesumgehung qualifiziert werden. Hingegen kann der Zugang z.B. zu einer Autoeinstellhalle durch ein Wegrecht zu Lasten einer benachbarten Liegenschaft gesichert werden[129].

Ebenso ist es denkbar, dass mittels einer Dienstbarkeit[130] oder eines schuldrechtlichen Verhältnisses ein zweiter Zugang zur Stockwerkeinheit durch eine fremde Stockwerkeinheit eingeräumt wird; eine solche Verbesserung der Zugänglichkeit widerspricht aber dann dem Sinn des Gesetzes, wenn der eigentlich primäre Zugang faktisch einzig die Funktion hat, dem zwingenden gesetzlichen Erfordernis nachzukommen (Problem der Gesetzesumgehung). Ob eine übermässige Bindung des belasteten Stockwerkeigentümers vorliegt, ist im Einzelfall zu entscheiden[131].

4. Das gesetzliche Erfordernis des eigenen Zuganges ist in zwei Fällen durchbrochen:

– Nach dem Gesetzeswortlaut (ZGB 712b I a.E.) brauchen Nebenräume nicht einen eigenen Zugang aufzuweisen; immerhin darf der belastete Stockwerkeigentümer nicht übermässig gebunden werden, denn es ist nicht zu verkennen, dass

125 Friedrich, ZBGR 1966, 335.
126 Demgegenüber erachtet es das Notariatsinspektorat des Kantons Zürich (Mitteilung Nr. 20, 5) als zulässig, dass ein Wohnzimmer und eine kombinierte Wohnküche/Dusche/WC untereinander nicht verbunden sind und je direkt durch eine Türe ins gemeinsame Treppenhaus erschlossen sind. "Es handelt sich hier um eine zu einer Wohnung zusammengefasste Einheit von Räumen, die zwar nicht einen, aber zwei eigene Zugänge haben, und damit in sich abgeschlossen sind, d.h. ohne Beanspruchung anderer Stockwerkeinheiten benutzbar sind."
127 Liver, Berner Notar 1969, 325; Liver, Art. 730, N 82; Friedrich, ZBGR 1973, 140; Mengiardi, 128; Magnenat, 134.
128 Nach Friedrich (ZBGR 1966, 335) ist eine solche Grunddienstbarkeit dem Inhalt nach nicht unzulässig, doch kann sie die Benutzung einer anderen Einheit unzumutbar beeinträchtigen; damit verkennt Friedrich jedoch den zwingenden Charakter des Erfordernisses des eigenen Zuganges, der die Nichtigkeit eines allfälligen Dienstbarkeitsvertrages bewirken würde; immerhin ist nicht ganz klar, ob Friedrich seine Ausführungen nicht eigentlich für den Fall von zwei Zugängen gedacht hat.
129 Friedrich, ZBGR 1973, 140.
130 Vgl. allgemein Mengiardi, 80 ff sowie Liver, Berner Notar, 324 ff.
131 Friedrich, ZBGR 1973, 140; strenger Mengiardi, 132.

der Ausnahmecharakter der Nebenräume sich eher auf die Abgeschlossenheit[132] als auf den eigenen Zugang bezieht.
- Der Verzicht auf die Abgeschlossenheit bei altrechtlichen Stockwerkeigentumsverhältnissen dürfte sinngemäss auch für den eigenen Zugang gelten (ZGB SchlT 20bis)[133].

IV Zum Problem der sog. Untergemeinschaften

A Die Ausgangslage

Das Wort "Untergemeinschaft" findet sich in jedem deutschen Kommentar zum WEG und vereinzelt auch in der Schweiz[134]. Dennoch fehlt eine Umschreibung dessen, was damit gemeint sein soll[135]. Aus den Stellungnahmen geht nur hervor, dass in gewissen Bereichen die Gesamt-Stockwerkeigentümergemeinschaft um diejenigen Beteiligten zu erleichtern ist, die an einer bestimmten Frage kein Interesse haben. Diese Umschreibung hilft aber deshalb nicht sehr viel weiter, weil es die verschiedensten Gruppierungsmöglichkeiten gibt, wobei sich die einzelnen Gruppen zum Teil überschneiden, zum Teil überhaupt nicht berühren. Beim Stockwerkeigentum im besonderen kommt die weitere Schwierigkeit hinzu, dass die Beteiligten nicht nur zueinander in sachenrechtlichen, sondern auch in schuldrechtlichen Beziehungen stehen.

Ein Klärungsversuch in diesem Bereich führt nur über die Erarbeitung eines Systematisierungsansatzes[136]. Dabei sind einzelne Fallgruppen voneinander zu scheiden. Auf der sachenrechtlichen Seite geht es um Nachbarinteressen und eigentliche (nicht nachbarbedingte) Gruppeninteressen, wobei die letzteren danach zu trennen sind, ob sie Auswirkungen auf die zwingenden gemeinschaftlichen Teile haben (ZGB 712b II; WEG 5 II) oder nicht. Als weitere Fallgruppe sind schliesslich die schuldrechtlichen Gemeinschaften zu betrachten, bei denen es – ohne Tangierung der sachenrechtlichen Zuordnung – um eine möglichst interessengerechte Verwaltung (v.a. Stimmrecht) und Kostenverteilung geht. Im weitern wird deshalb nach folgendem Systematisierungsansatz vorgegangen:

- Nachbar"gemeinschaften" (Nachbareigentum)
- Untergemeinschaften auf sachenrechtlicher Basis (dingliche Zuordnung)
  - = nur an sonderrechtsfähigen Teilen
  - = auch an zwingend gemeinschaftlichen Teilen

132 Vorne § 8 II B.
133 Vgl. auch Liver, SPR V/1, 92 f.
134 Etwa bei Friedrich, § 5, N 14 und § 19, N 7; F. Schmid (23) und Schneider (133 f) bezeichnen als Untergemeinschaft die Berechtigung mehrerer an einer Stockwerkeinheit; diese Begriffsverwendung wird im weiteren aber nicht übernommen.
135 Typisch für dieses Symptom Bärmann/Pick: In § 1, N 41 und § 5, N 66 ist von der dinglichen Zuordnung an eine Untergemeinschaft die Rede, in § 13, N 141 von einer Nutzungsgemeinschaft, wobei ohne weitere Bemerkung auf § 5, N 66 verwiesen wird!
136 Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht eine grundlegende dogmatische Analyse geliefert werden; vgl. aber immerhin die Ansätze bei Hurst, 131 ff.

– Untergemeinschaften auf Grundlage einer Nutzungs- und Gebrauchsregelung (schuldrechtliche Gruppierung).

B Nachbareigentum

1. Im Bereich des Nachbareigentums stellt sich insbesondere die Frage der Qualifizierung der Trennwände zwischen zwei Eigentumswohnungen[137]. Die Problematik liegt für die Schweiz und Deutschland sinngemäss gleich (Sonderrecht, Sondereigentum)[138]. Handelt es sich bei der Trennwand um einen elementaren Bauteil im Sinne von ZGB 712b II/WEG 5 II, steht sie zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum (bzw. ist sie gemeinschaftlicher Teil); den einzelnen kommen keine Substanzeingriffsrechte zu. Eine Nachbareigentumsgemeinschaft kann deshalb nur entstehen, wenn der Bauteil nicht zwingend gemeinschaftlich ist.

Wenn es sich somit um eine nicht tragende Trennwand handelt, ist der Gemeinschaft an ihr kein rechtsgenügendes Interesse zuzubilligen, das es rechtfertigen würde, deren Gemeinschaftlichkeit anzunehmen[139]. Vielmehr steht eine solche Trennwand im Sonderrecht der an sie angrenzenden Stockwerkeigentümer, nach Friedrich – in analoger Anwendung von ZGB 670 – im gemeinschaftlichen Sonderrecht[140]. Trotzdem gibt das Stockwerkeigentumsrecht verschiedene Kautelen, die ein willkürliches Vorgehen im Umgang mit dieser Trennwand ausschliessen:

– Eine vollständige Beseitigung ist ausgeschlossen, weil es in diesem Falle bei beiden Eigentumswohnungen an der Abgeschlossenheit fehlen würde.
– Eine Verschiebung der Trennwand erfordert dann die Zustimmung der übrigen Stockwerkeigentümer, wenn durch sie eine Veränderung der Wertquote veranlasst wird.

Zulässig ist demgegenüber die Ersetzung dieser Trennwand durch eine neue aus anderem Material. Hingegen erscheint fraglich, ob der eine Stockwerkeigentümer den in seine Richtung schauenden Wandteil – ohne Zustimmung des andern – verändern darf[141], obwohl es durchaus vorstellbar ist, dass dessen Rechtsstellung keineswegs tangiert wird. An diesem Beispiel zeigt sich m.E. nun aber die Problematik der Annahme des schlichten Miteigentums[142]; es fragt sich deshalb, ob nicht ein "gebundenes Sonderrecht" anzunehmen ist, und zwar gebunden durch die nachbarschaftlichen Interessen des Neben-Stockwerkeigentümers. Die beiden Beteiligten würden also nicht eine Rechtsgemeinschaft bilden, sondern wären nebeneinander

137 Vgl. auch vorne § 7 III B 2.
138 Vgl. auch Friedrich, Konstruktion, 21 f.
139 A.A. zu Unrecht Ruedin, 7.
140 Friedrich, § 4, N 6.
141 ZGB 670 verweist auf die allgemeinen Regeln des Miteigentums (Meier-Hayoz, Art. 670, N 11); die Teilabänderung der Trennwand müsste man aber wohl als Verfügung, nicht als Nutzung im Sinne von ZGB 648 qualifizieren, die der Einstimmigkeit bedarf (vgl. Meier-Hayoz, Art. 648, N 9 ff, 20 ff).
142 Eingehender hat sich meines Wissens die schweizerische Lehre mit dem Problem nicht befasst (Montchal, 11 spricht kommentarlos von einem "halben Anteil").

berechtigt, wobei aber, weil wegen des Ausschliesslichkeitscharakters des Eigentums nicht eine gleiche volle Berechtigung bestehen kann, ein dem Nachbarrecht ähnliches Verhältnis entstünde[143].

Mit denselben Problemen hat sich die deutsche Lehre auseinanderzusetzen: Übereinstimmend wird zwar davon ausgegangen, dass an nicht tragenden Trennwänden nur die direkt Betroffenen beteiligt sind, doch wird das dabei entstehende Rechtsverhältnis unterschiedlich als "abgesondertes Miteigentum"[144] oder "Mit-Sondereigentum"[145] bezeichnet, wobei die Autoren die Begriffe überwiegend gleichsetzen. Neben der Begriffsbestimmung ist auch die Rechtsfolge dieser Konstruktion häufig unklar: Der Verweis auf BGB 922 würde wohl die Anwendung des gewöhnlichen Bruchteilsgemeinschaftsrechts nach sich ziehen, was jedoch mit dem Begriff "Mit-Sondereigentum", der wohl etwas anderes als Miteigentum bedeuten dürfte, in gewissem Widerspruch steht; demgegenüber ziehen Bärmann/Pick die vertikale Trennung der Zwischenmauer in der Mitte in Betracht[146], verwenden aber nachher wieder den Begriff "abgesondertes Miteigentum"[147], der nur schwer mit einer Einzelberechtigung auf die Hälfte zu vereinbaren wäre!

Wie bereits kurz angetönt, muss m.E. die Lösung in einer eigenständigen dogmatischen Erfassung des zwischen zwei benachbarten Wohnungseigentümern bestehenden Rechtsverhältnisses gesucht werden. Auszugehen ist davon, dass an einer nicht tragenden Trennwand kein Interesse der Gemeinschaft besteht; überdies sind, soweit nicht zwingende Grundsätze des WEG dagegen sprechen (insbesondere hinsichtlich der wirtschaftlichen Erhaltung der Sache und dem Schutz vor einer zweckwidrigen Verwendung), dem einzelnen möglichst weite Eigentümerbefugnisse zuzubilligen. Beschränkung findet das Einzelinteresse dementsprechend lediglich am Interesse des Nachbarn; ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen den beiden ist dabei nur anzunehmen, wenn einzig ein solches gegenseitigen Schutz bietet. Dies ist aber wirtschaftlich nicht der Fall; obwohl ein Miteigentümer nur Nutzungsbefugnisse an der Trennwand hat, würde es auch die herrschende Lehre einem Wohnungseigentümer nicht verbieten, eine neue Wandverkleidung anzubringen (sonst wäre er bei solchen Trennwänden eingeschränkter als bei zwingend gemeinschaftlichen Bauteilen); es ist aber nicht einzusehen, weshalb ein Wohnungseigentümer nicht einen Teil der Trennwand – ohne deren Stabilität zu gefährden – entfernen können sollte, um sie besser zu isolieren, weil der andere nicht zustimmt, obwohl dessen Interessen nicht tangiert sind.

143 Diese "Konstruktion" mag zwar etwas kühn erscheinen, doch ist sie m.E. dogmatisch entwicklungsfähig und entspricht am ehesten den praktischen Bedürfnissen der Stockwerkeigentümer. Vgl. im Hinblick auf das deutsche Recht, wenn auch teilweise abweichend, Hurst, 301 f.

144 Bärmann/Pick, § 5, N 66.

145 Weitnauer/Wirths, § 5, N 17; Soergel/Baur, § 5, N 4; Staudinger/Ring, § 5, N 6; Palandt/Bassenge, § 5, N 3; May, 82 f; Diester, NJW 1965, 796 (zurückhaltend noch im Kommentar, Anh. zu § 5, N 7) und eingehender Rechtsfragen, N 169 ff.

146 Bärmann/Pick, § 5, N 48.

147 Bärmann/Pick, § 5, N 66.

Diesen wirtschaftlichen Sachverhalt hat Hurst[148] dogmatisch zu untermauern versucht[149]: Nach ihm besteht eine mehrheitliche Berechtigung der Mit-Sondereigentümer, die sich darin zeigt, dass ihnen zwar nicht das eine Recht an der Trennwand gemeinschaftlich zusteht, sondern dass nebeneinander mehrere Sonderrechte auf denselben Gegenstand bezogen sind, wobei diese Einzelberechtigungen kollidieren und konkurrieren können[150]. Damit geht Hurst zwar von einem zutreffenden Ansatzpunkt aus, doch verkennt er m.E. den Ausschliesslichkeitscharakter des Eigentums[151].

Die sachgerechte Lösung würde wohl darin bestehen, das Eigentumsausübungsinteresse des Sondereigentums beschränkt aufzufassen: Die Rechte gehen so weit, als sie nicht durch die Interessen des Nachbarn eingeengt werden; der Bereich liesse sich ähnlich abgrenzen wie bei den Rechten "usque ad sidera, usque ad inferos" (BGB 905, ZGB 667). Danach hätte der einzelne ein Gestaltungsrecht, soweit dadurch die Rechtsposition des Anliegers nicht beeinträchtigt würde bzw. sein Interesse gewichtiger ist[152]. Deshalb wird das Rechtsverhältnis zwischen den beiden Beteiligten auch als Nachbareigentum bezeichnet[153,154].

2. Die bisherige Lehre hat die Problematik der Nachbargemeinschaft nur am Fall der Trennwand zwischen zwei Stockwerkeinheiten betrachtet. M.E. müssen aber noch weitere Fallgruppen beigezogen werden: Um Nachbareigentum handelt es sich auch bei der Trennwand zwischen der Stockwerkeinheit und dem Treppenhaus, soweit es sich nicht ohnehin um einen elementaren Bauteil handelt. Diese Wand stellt nicht einfach einen gemeinschaftlichen Teil dar[155]. Gegenüber dieser Ansicht führt die eben vertretene Betrachtungsweise zu zwei Differenzierungen:

- Der Stockwerkeigentümer hat nicht nur ein Nutzungsrecht, sondern im Innern auch ein Umgestaltungsrecht, solange die Interessen des anderen Beteiligten nicht tangiert sind[156].
- Für eine Veränderung der Trennwand (auch ohne Einschränkung des Sonderrechts) ist nicht allein die Gemeinschaft, sondern als Nachbar auch der betreffende Stockwerkeigentümer zuständig; praktisch hat dies eine Stärkung seiner Rechtsstellung zur Folge, indem ihm anlässlich des fraglichen Versammlungsentscheides ein Vetorecht zukommt.

148 Hurst, 139 ff.

149 Bei den neueren Kommentatoren wird zwar die Arbeit von Hurst erwähnt, doch fehlt – häufig unter weitgehender Beibehaltung des Wortlautes der Vorauflage – eine kritische Auseinandersetzung mit ihr.

150 Hurst, 151 f, 301 f.

151 In diesem Sinne auch Matthaei, 36 f.

152 Diese Interessenabwägung ist nicht gleichzusetzen mit einer vertikalen Teilung der Zwischenmauer.

153 Den Begriff Nachbareigentum verwenden Weitnauer/Wirths, § 5, N 17, doch erklärt sich diese Begriffsverwendung kaum aus den Erläuterungen dazu.

154 Im Sinne der bisherigen deutschen Terminologie würde es sich um Mit-Sondereigentum (im wörtlich verstandenen Sinne), nicht um abgesondertes Miteigentum handeln.

155 So begründungslos Bärmann/Pick, § 5, N 5.

156 Wäre die Trennwand zwischen einer Stockwerkeinheit und dem Treppenhaus allgemein ein gemeinschaftlicher Teil, wären – je nach der baulichen Konstruktion – die Rechte des einzelnen allenfalls beschränkter, als wenn es sich um einen zwingend gemeinschaftlichen Teil handeln würde.

Ein weiteres Anwendungsgebiet sind die Wohnungstüren, soweit man nicht ohnehin daran Sonderrecht annehmen will[157].

C Untergemeinschaften auf sachenrechtlicher Basis

1. Bei den Untergemeinschaften auf sachenrechtlicher Basis geht es vorwiegend um die Frage, ob z.B. ein Lift, ein Treppenhaus oder gar ein ganzes Gebäude, das nur einem Teil einer grösseren Stockwerkeigentümergemeinschaft dient, den Betroffenen zu Sonderrecht (Sondereigentum) zugeschieden werden kann. Dabei muss m.E. danach unterschieden werden, ob die entsprechenden Bauteile an sich sonderrechtsfähig sind oder ob sie – unter Durchbrechung des zwingenden Grundsatzes von WEG 5 II/ZGB 712b II – sonderrechtsfähig zu "machen" sind[158].

2. Soweit es sich um sonderrechtsfähige Räume handelt, stehen die Interessen der Gesamtgemeinschaft der Bildung einer Untergemeinschaft nicht im Wege. Die Betroffenen erwerben dann einfach die entsprechende Stockwerkeinheit zu Sonderrecht (Mit- oder Gesamteigentum), wobei die gleichen Grundsätze gelten wie für eine Einzelperson. Am meisten drängt sich eine solche vertragliche Regelung bei der in Miteigentumsanteile aufgegliederten Sammelgarage auf. Die praktische Auswahl der Möglichkeiten wird aber darüber hinaus nicht sehr gross sein und auch nicht den Vorstellungen derer entsprechen, welche diese Gebilde befürworten[159]. Zu denken ist etwa an einen Kellerraum, an ein Musikzimmer u.a. Die Sonderrechtsfähigkeit ist aber insbesondere im Hinblick auf deren Abgeschlossenheit und wirtschaftliche Einheit zu prüfen. Anstatt dass diese Räume einer bestimmten Stockwerkeinheit als Nebenräume zugeschieden werden oder ein gesamt-gemeinschaftlicher Teil bleiben (allenfalls mit der Folge, dass schuldrechtlich eine Sondernutzung der Betroffenen vereinbart wird), müsste es m.E. möglich sein, eine abgegrenzte Untergemeinschaft daran für berechtigt zu erklären. Problematisch könnte dieses Vorgehen bei einzelnen Zimmern dann sein, wenn nicht eine wirtschaftliche Einheit im eigentlichen Sinne vorliegt; dieser Begriff wäre deshalb entsprechend extensiv auszulegen. M.E. sprechen auch Sinn und Zweck des ZGB/WEG nicht dagegen, weil man doch von einer gewissen wirtschaftlichen Einheit sprechen kann, die abgegrenzt wird durch das Nutzungs- und Verwaltungsinteresse der betreffenden Untergemeinschaft. Damit werden den direkt Betroffenen – im Gegensatz zur schuldrechtlichen Regelung – auch weiter gehende Umgestaltungsmöglichkeiten (z.B. Bastelraum/Velokeller) eingeräumt, ohne dass die Interessen der Gesamt-Stockwerkeigentümergemeinschaft übermässig beeinträchtigt würden.

3. Ob auf einer dinglichen Zuordnungsbasis Untergemeinschaften auch an Bauteilen für berechtigt erklärt werden können, die an sich zwingend gemeinschaftlich

157 Dazu hinten § 8 V B.

158 Diese Unterscheidung geschieht bei der herrschenden Lehre in keiner Weise; vgl. andeutungsweise nur Hurst, 297.

159 Vgl. die Beispiele bei Bärmann/Pick, § 5, N 66 (allgemein Räume, Fahrstühle, Lastenaufzüge). Kritisch dazu auch Weitnauer/Wirths, § 3, N 6a, § 5, N 17; Röll, Teilungserklärung, 4; Ertl, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Wohnungs- und Teileigentum, E 25.

sind (ZGB 712b II; WEG 5 II), ist in Deutschland[160] heftig umstritten[161]. Eine dogmatische Erfassung des Problems findet sich aber nur bei Hurst[162]. Er geht davon aus, dass die elementaren Gebäudeteile deshalb vom Gesetz für gemeinschaftlich bezeichnet worden seien, weil sie gewöhnlich mehreren Raumeinheiten zugeordnet sind; ist diese Voraussetzung nicht gegeben, entfällt nach Hurst der gesetzgeberische Zweckgedanke und es sind die Herrschaftsrechte auf die Betroffenen zu beschränken; deshalb nimmt er auch an, dass einem Einfamilienhausbesitzer auf einer "Stockwerkeigentums"-Liegenschaft die elementaren Bauteile allein zukommen[163]; ebenso widerspreche es dem Sinn von WEG 5 II, wenn bestimmte Gebäudeteile in die Zuständigkeit der Gesamt-Gemeinschaft fallen würden, obwohl nur ein Teil der Eigentümergruppe ein Interesse daran habe. Für Hurst handelt es sich bei dieser Spezialzuordnung um abgesondertes Miteigentum, das sich vom allgemeinen Miteigentum als Strukturgrundlage des Wohnungseigentums dadurch unterscheidet, dass gewisse – interessenmässig bestimmte – Gesamt-Berechtigte von der Spezialberechtigung ausgeschlossen sind.

Die Theorie von Hurst scheitert jedoch m.E. bereits an der Ausgangslage. Wie eingehend dargelegt worden ist[164], erscheint es problematisch, über die gemeinschaftliche Zwingenderklärung der elementaren Gebäudeteile durch den Gesetzgeber einfach hinwegzugehen. Die Zulässigkeit der von Hurst konzipierten Untergemeinschaften hängt deshalb letztlich von der Entscheidung in der Frage, ob ein Einfamilienhaus als Ganzes im Sonderrecht stehen kann, ab. Wird dies verneint, muss dasselbe für die Untergemeinschaften gelten, und zwar noch in vermehrter Weise: Die Einführung des Stockwerkeigentums in die grossen Kodifikationen um die Jahrhundertwende (ZGB, BGB) ist nicht nur aus dogmatischen Erwägungen unterblieben, sondern mehr noch deshalb, weil Stockwerkeigentumsgebäude ein ständiger Herd von Streitigkeiten waren und angesichts oftmals verworrener Rechtsverhältnisse unübersichtlich erschienen. Der schweizerische und der deutsche Gesetzgeber haben deshalb bewusst Wert gelegt auf überschaubar abgegrenzte Bereiche des Sonderrechts; dieses Bemühen zeigt sich auch im Erfordernis der Abgeschlossenheit und des eigenen Zuganges. Würden nun allen möglichen Untergemeinschaften an gewissen Bauteilen dingliche Rechte eingeräumt, würde die beabsichtigte Konzeption vollständig unterlaufen. Dies zeigt sich am plastischsten, wenn man sich anhand der angeführten Beispiele vergegenwärtigt, wieviele Gemeinschaften in einer Gross-

160 Diese Frage ist in der Schweiz meines Wissens überhaupt noch nicht erörtert worden. Obwohl sich nicht die Frage der Ausscheidung von Sondereigentum, sondern "nur" von Sonderrecht stellt, wird sie gleichwohl nicht überflüssig, weil das Sonderrecht alleineigentümerähnliche Rechte vermittelt.

161 Streitpunkt ist zwar häufig nicht allein die Frage der Sondereigentumsfähigkeit, sondern ebenso diejenige, ob sich eine Untergemeinschaft auch auf "andere Räume" beziehen könne, wobei die zwei Fragestellungen oft nicht sauber getrennt werden. Verneinend dazu Weitnauer/Wirths, § 3, N 6a und § 5, N 17; Diester, NJW 1970, 1108; OLG Düsseldorf, 5.5.1975, Rechtspfleger 1975, 308; bejahend Bärmann/Pick, § 5, N 66; Palandt/Bassenge, § 5, N 3 (zwar ausdrücklich die Sondereigentumsfähigkeit bejahend); Soergel/Baur, § 5, N 4; May, 81 ff (betr. Heizungsanlage, deren Sondereigentumsfähigkeit zumindest nicht umstritten ist, vgl. vorne § 7 III D 3); eingehend Hurst, 286 ff.

162 Hurst, 286 ff.

163 Vgl. vorne § 7 III B 3.

164 Vorne § 7 III B 3.

überbauung nebeneinander wirken könnten: Gesamtstockwerkeigentümergemeinschaft, Untergemeinschaft für jeden Wohnblock, Gemeinschaft der Autofahrer an der Tiefgarage, Gemeinschaft der Liftbenützer (ohne Parterre-Bewohner) am Aufzug, der Waschenden an der Waschküche, der Velofahrer am Fahrradkeller usw. Gerade solche Zustände hat der Gesetzgeber jedoch vermeiden wollen[165]. Auch wenn man die dogmatische Analyse von Hurst durchaus als vertretbar bezeichnen wollte, geht sie an der gesetzgeberischen Wertung vorbei, die zwar subjektiv ist, für die jedoch gewichtige Indizien sprechen.

D Untergemeinschaften auf Grundlage einer Nutzungs- und Gebrauchsregelung

Diese Art von Untergemeinschaft dürfte meist gemeint sein, wenn der Begriff verwendet wird[166]. Ihr kommt auch praktisch die wichtigste Funktion zu, weil die zulässigen Untergemeinschaften auf sachenrechtlicher Basis nur einen sehr schmalen Anwendungsbereich finden und eigentliche Veränderungsanliegen innerhalb von Nachbar"gemeinschaften" doch eher selten sein dürften.

Auf schuldrechtlicher Grundlage entstehen Untergemeinschaften, wenn in der Gemeinschaftsordnung oder im Reglement die Nutzung (und in der Folge auch die Verwaltung und die Kostenbeteiligung) auf eine Gruppe von Stockwerkeigentümern eingeschränkt wird, ohne dabei die sachenrechtliche Zuordnung zu tangieren; es handelt sich also um wechselnde Teilzusammensetzungen aus der Gesamtstockwerkeigentümergemeinschaft.

Das Bedürfnis nach solchen Untergemeinschaften stellt sich vor allem dort, wo nicht alle Gemeinschafter an bestimmten Einrichtungen beteiligt sind:

- Der Erdgeschossbewohner wird von der Beitragspflicht an die Liftkosten befreit; die übrigen bilden eine Untergemeinschaft und auch nur ihnen stehen die Mitverwaltungsrechte zu.
- Die "innere Organisation" der unterirdischen Sammelgarage obliegt nur den Autofahrern.
- Hinsichtlich der Fernsehantenne sind nur die sie Benützenden beteiligt.

Bedeutung erlangen die Untergemeinschaften aber vor allem in grösseren Überbauungen: Sind mehrere Wohnblocks vorhanden, drängt sich meist für jeden eine spezielle Organisation im Innenbereich auf (z.B. für die Benutzung der Waschküche und des Fahrradkellers[167], die Reinigung des Treppenhauses, das Abschliessen der

165 Diese Wertung beruht auf der Erkenntnis, dass der frühere Gesetzgeber die Einführung des Stockwerkeigentums wegen der verworrenen Rechtszustände ablehnte (vgl. Friedrich, Wiedereinführung, 37a ff und die dort zitierten Autoren, v.a. E. Huber).

166 So etwa bei Friedrich, § 5, N 14 und § 19, N 7; Bärmann/Pick, § 13, N 141 f, § 15, N 24, § 23, N 8, § 25, N 14; Weitnauer/Wirths, § 15, N 3a, § 23, N 3, § 25, N 11d; Palandt/Bassenge, § 15, N 2, § 25, N 2a; Soergel/Baur, § 15, N 6; um solche Untergemeinschaften ging es auch in der Rechtsprechung, etwa dem grundlegenden Entscheid des BayObLG (10.11.1961, NJW 1962, 492 f) und dem Entscheid des LG Wuppertal (30.5.1972, Rechtspfleger 1972, 451 f).

167 Um einen Fahrradkeller handelte es sich beim Entscheid des BayObLG vom 10.11.1961 (NJW 1962, 492 f), in dem erstmals die Zulässigkeit der Bildung von Untergemeinschaften in eingehenden Erwägungen bejaht wurde.

Haustüre). In der Praxis dürfte wohl die überwiegende Zahl der Verwaltungsangelegenheiten des Alltags von geringerer Tragweite lediglich Probleme des eigenen Wohnblocks betreffen. Eine solche Aufteilung ist auch für Reihenhäuser und Einfamilienhäuser[168] denkbar, soweit eine funktionelle Trennung der fraglichen Einrichtungen besteht.

V Kasuistik

A Sonderrecht im Rauminnenbereich

1. Zur Frage der Bestandteilseigenschaft

Ein grösserer Teil der Bauteile, Anlagen und Einrichtungen wird im Normalfall vom Bauträger bereits konzipiert. Je nach dem Baustadium hat der einzelne Stockwerkeigentümer aber noch die Gelegenheit, seine Sonderwünsche anzubringen (z.B. Parkettboden oder Spannteppich). Ob die Betroffenen jedoch eine bestimmte Einrichtung (z.B. Cheminée) wünschen können oder nicht, hat keine Folgen für die sachenrechtliche Zuordnung. Die entsprechenden Sachen fallen ex lege in den Sonderrechtsbereich des einzelnen. Soweit sie sich eindeutig im Rauminnenbereich befinden, ist auch eine Widmung an die Gemeinschaft praktisch ausgeschlossen.

Im Rahmen seines Sonderrechtsbereichs hat der einzelne ein Umgestaltungsrecht; ebenso kann er neue Einrichtungen anbringen. Die Möglichkeit, die Eigentumswohnung nach den persönlichen Vorstellungen zu konzipieren (wenn auch nur innerhalb des vorgegebenen "Gesamtrahmens"), ist eines der wichtigsten Rechte des Stockwerkeigentümers. Ein- und Umbauten geschehen jedoch auf eigene Kosten: Zudem dürfen die Einrichtungen (z.B. in Küche oder Bad) und die Ausgestaltungen (z.B. Bodenbelegung, Wand- und Deckenverkleidung) die Rechte der anderen Stockwerkeigentümer und die Interessen der Gemeinschaft nicht tangieren.

Von einzelnen Stockwerkeigentümern angebrachte Zusätze werden aber, sofern sie fest und dauernd mit dem Gebäude verbunden sind, zu dessen Bestandteil. Weil das Recht des Bestandteils demjenigen der Hauptsache folgt[169], fallen die Einrichtungen im schweizerischen Recht dementsprechend ins Miteigentum der Gemeinschaft und der einzelne hat daran "nur" noch ein Sonderrecht. Luxuriöse Einrichtungen beeeinflussen auch die Wertquoten nicht. Immerhin ist es dem Stockwerkeigentümer nicht verwehrt, die von ihm eingebauten Einrichtungen wieder loszulösen (abzutrennen), wodurch er das Alleineigentum zurückerhält[170]. Die Bestandteilslehre erfährt somit im Zusammenhang mit dem Stockwerkeigentum keine Änderung. In welchem Zustand die Einheit zu erhalten ist, welche einrichtungsmässigen Minimalanforderungen also zu stellen sind, damit nicht eine Wertverminderung eintritt, beurteilt sich nach ZGB 712a III.

168 So insbesondere die differenzierten Ausführungen des LG Wuppertal, 30.5.1972, Rechtspfleger 1972, 451 f mit zust. Anm. von Diester.
169 Meier-Hayoz, Art. 642, N 33.
170 Liver, Marxer, 186; eingehend auch Hauger, 13 f, Anm. 24.

Im deutschen Recht wird zwischen den wesentlichen und den nicht wesentlichen Bestandteilen unterschieden: Die letzteren sind ohnehin sondereigentumsfähig, auch wenn sie grundsätzlich das Schicksal der Hauptsache, des Grundstücks, teilen, weshalb sie der Regelung des WEG nicht unterstehen (z.B. WEG 6 und 11 nicht anwendbar); demgegenüber hat WEG 3 ("in Abweichung von BGB 93") eine Sonderregelung für die wesentlichen Bestandteile getroffen[171].

2. Einzelne Beispiele

Die Abgrenzung zwischen den Teilen im Sonderrecht und den gemeinschaftlichen Teilen ist mitunter recht schwierig. Um Streitigkeiten zu vermeiden, ist deshalb in vielen Fällen die Erstellung eines diesbezüglichen speziellen Planes zu empfehlen[172]; es sollte sich dabei aber auch nicht um eine unüberblickbare, allzu perfektionistische Liste handeln[173].

Als Bauteile und Einrichtungen, an denen Sonderrecht besteht, kommen in Frage[174]:

- Bodenbeläge (Parkett-, Linoleumboden oder Spannteppich),
- Deckenverkleidungen (Stuckwerke, Tünch),
- nichttragende Trennwände innerhalb der Wohnung,
- Wandverkleidungen (Tapeten, Täfer, Verputz),
- Türen innerhalb der Wohnung,
- eingebaute Schränke,
- Cheminée[175],
- Radiatoren,
- Öfen,
- Kücheneinrichtungen,
- Badezimmer- und Toiletteneinrichtungen,
- Boiler,
- Zu- und Ableitungen, soweit sie ausschliesslich der betreffenden Stockwerkeinheit dienen, d.h. nach der Abzweigung von der Gemeinschaftsleitung; kein Sonderrecht kann demgegenüber an gemeinschaftlichen Hauptleitungen bestehen, auch wenn sie durch eine ausgeschiedene Stockwerkeinheit verlaufen.

Daneben sind noch zwei verschieden gelagerte Sonderfälle zu beachten:

- An Nebenräumen (z.B. Keller-, Estrich- oder Garageabteil) lässt sich Sonderrecht begründen, auch wenn sie sich ausserhalb der eigentlichen Raumeinheit befinden;

171 Vgl. im einzelnen Bärmann/Pick, § 5, N 14, N 23 f und Weitnauer/Wirths, § 5, N 3 ff.
172 Friedrich, § 4, N 5.
173 Vgl. das bei Karstädt zitierte (MDR 1965, 259 f) abschreckende Beispiel.
174 Dazu auch Friedrich, § 4; K. Müller, 19; F. Schmid, 18; Magnenat, 56 f; Bärmann/Pick, § 5, N 27; Weitnauer/Wirths, § 5, N 8; Soergel/Baur, § 5, N 3.
175 Der Kamin ist jedoch ein zwingend gemeinschaftlicher Teil; analog wie bei den Leitungen (Abzweigung von der Hauptleitung) fällt nur derjenige Teil des Abzugs in den Sonderrechtsbereich, der vor dem Hauptkamin liegt.

nur müssen sie in einem wirtschaftlichen oder funktionellen Subordinationsverhältnis zu ihr stehen[176].

– An nicht zwingend gemeinschaftlichen Teilen, an denen aber auch nicht nur ein Stockwerkeigentümer berechtigt ist (z.B. nicht tragende Trennwand zwischen zwei Stockwerkeinheiten), liegt zwar grundsätzlich ebenfalls Sonderrecht vor, doch sind die Einzelbefugnisse stärker eingeschänkt, d.h. mit höheren Rücksichtspflichten verknüpft (Nachbarschaftsgemeinschaft)[177].

B Sonderrecht im Raumaussenbereich

1. Das Sonderrecht im Raumaussenbereich ist von vorneherein schon dadurch in seiner Wirkungsweise wesentlich eingeschränkt, als es die Gestaltung des Gesamtgebäudes nicht beeinträchtigen darf (ZGB 712b II 2; WEG 5 I a.E.). Dieses Erfordernis darf aber nicht zur Folgerung führen, nach aussen hätten die Stockwerkeigentümer überhaupt keinen Herrschaftsbereich.

Gerade weil die "äussere Gestalt" als Rechtsbegriff kaum fassbar ist[178], drängt sich eine Abwägung der Interessen des Stockwerkeigentümers und der Gemeinschaft auf. Wo das Interesse der Gemeinschaft weniger berechtigt erscheint als die Möglichkeit des einzelnen zur Ausübung seiner alleineigentumsähnlichen Befugnisse, muss jenes zurücktreten. Dem Eigentumsausübungsrecht werden immer noch Schranken gesetzt durch das äussere Gestaltungsrecht der Gemeinschaft[179].

2. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet ist m.E. nicht nur die Innenseite einer Veranda, Loggia oder eines Balkons dem Sonderrecht des einzelnen zuzuweisen, sondern der gesamte Gebäudeteil, wenn auch unter erhöhter Rücksichtnahme auf die Gesamtgestaltung[180]. Dasselbe muss für Rolläden und Sonnenstoren gelten: Nicht zuletzt wegen der Kostentragungspflicht hat die Gemeinschaft kein Interesse an der Nichtbegründung von Sonderrecht; eine neue, mit den anderen Rolläden unverträgliche Farbgebung lässt sich auf Grund des Aussengestaltungsrechts verhindern.

Etwas anderes gilt für die Fenster; sie prägen nicht nur das äussere Bild in sehr hohem Masse, sondern gehören überdies zum Bestand des Hauses[181]. Eine andere Vertragsgestaltung wäre – wegen ihrer besonderen Funktion – allenfalls bei Schaufenstern denkbar[182]. Hingegen erscheint die Begründung von Sonderrecht an Dachterrassen problematisch[183].

Der Raumaussenbereich erstreckt sich nicht nur in die Umgebung, sondern auch in das Haus hinein. Zu Kontroversen hat dabei insbesondere die sachenrechtliche

176 Vorne § 8 II B.
177 Vorne § 8 IV B.
178 Eingehend dazu vorne § 7 III C 1.
179 Vgl. auch K. Müller, 19.
180 Dazu die Begründung vorne § 7 III C 3 und § 8 II C 3.
181 Vorne § 7 III C 2 a.
182 Vorne § 7 III C 2 b.
183 Vorne § 8 II C 4.

Zuordnung der Wohnungsabschlusstüre geführt[184]. Auch in diesem Fall genügt m.E. dem Interesse der Gemeinschaft ein äusseres Gestaltungsrecht, denn auf mehr als die Aussenwirkung kann es ihr – schon wegen der Kostentragungspflicht – nicht ankommen[185].

VI Die Sonderrechtsvermutung

1. Gemäss ZGB 712b III stehen diejenigen Gebäudeteile, die weder zwingend gemeinschaftlich sind noch vertraglich gemeinschaftlich erklärt werden, im Sonderrecht. Eine solche Vermutung kennt das deutsche Recht nicht: Solange keine Aussonderung zu Sondereigentum vorgenommen wird, liegt gemeinschaftliches Eigentum vor (vgl. WEG 1 V und 5 III); es gilt somit die widerlegbare Vermutung für gemeinschaftliches Eigentum, wenn nicht aus dem Willen der Beteiligten das Gegenteil hervorgeht[186].

2. Die schweizerische Regelung ist jedoch alles andere als klar und eindeutig. Auch die gesetzgeberische Begründung dafür wirkt eher unsicher: So wird auf den Vorrang der Gemeinschaftssphäre in Deutschland und Österreich verwiesen, der sich "ohne weiteres aus der Auffassung des Stockwerkeigentums als sonderrechtlicher Ausgestaltung des Miteigentums" auch für die Schweiz ergebe, wobei dieser Vorrang aber durch die zwingend gemeinschaftlichen Teile abgegolten zu sein scheint, weil bei Gebäudeteilen ohne "gemeinschaftliche Bedeutung" (offenbar gleichgesetzt mit zwingend gemeinschaftlichen Teilen) Sonderrecht anzunehmen ist[187]. Noch ein zweites Mal ist von den Teilen, die eine "gemeinschaftliche Zweckbestimmung" (im Sinne einer Funktion) haben, die Rede, wobei noch besonders betont wird, dass nicht im Zweifel die gemeinschaftliche Funktion zu verneinen sei[188].

Obwohl die gesetzgeberische Begründung der Sonderrechtsvermutung kaum recht zu überzeugen vermag und obwohl an sich eine Gemeinschaftlichkeitsvermutung beim Stockwerkeigentum, das direkt auf dem Miteigentum aufbaut, näher-

184 F. Schmid, 18 rechnet die Abschlusstüren begründungslos zum Sonderrecht. Bopp, 42 zählt sie zu den gemeinschaftlichen Teilen. Demgegenüber wollen Bärmann/Pick, § 5, N 37 die Türe vertikal teilen; zu Recht ist das LG Stuttgart (22.2.1972, Rechtspfleger 1973, 401 f mit Anm. von Diester) dieser Ansicht entgegengetreten (vgl. auch die Kritik an der vertikalen Trennung vorne § 7 III C 2 hinsichtlich der Fenster). Dogmatisch zutreffend wäre m.E. vom beidseitigen Sonderrecht (Nachbareigentum, vorne § 8 IV B) auszugehen; diese Konstruktion setzt jedoch ein beiderseitiges Interesse voraus und es kann sich fragen, ob bei der Gemeinschaft ein solches hinsichtlich einer sachenrechtlichen Zuordnung besteht.

185 So auch K. Müller, 19, Anm. 56.

186 Bärmann/Pick, § 1, N 37, § 5, N 1, 8 f; Hauger, 72; BayObLG, 9.10.1973, NJW 1974, 152 f.

187 BBl 1962 II 1489 f.

188 BBl 1962 II 1513 f; die eidgenössischen Räte haben sich mit der Frage überhaupt nicht mehr befasst.

liegen würde[189], ist de lege lata die konkrete Tragweite von ZGB 712b III zu prüfen. Auszugehen ist dabei vom Gesetzeswortlaut: Dieser spricht von Bestandteilen des Gebäudes, nicht etwa von Räumen; will man – gerade angesichts der ohnehin vorhandenen Problematik der Sonderrechtsvermutung – den davon erfassten Bereich nicht überdehnen, so fallen geschlossene Räume nicht unter ZGB 712b III[190]. Dadurch wird gleichzeitig die praktische Bedeutung der Sonderrechtsvermutung nicht unwesentlich eingeschränkt.

Für die Sonderrechtsvermutung kommen somit solche Bestandteile in Frage, die nicht zwingend gemeinschaftlich sind (ZGB 712b II), an denen aber auch nicht bereits Sonderrecht begründet wurde. Dies trifft normalerweise jedoch auf den Innenbereich zu; die Vermutung spielt somit nur dann, wenn z.B. im Aufteilungsplan ein Gebäudeteil nicht aufgezeichnet wurde, dieser aber eindeutig zu einer bestimmten Eigentumswohnung gehört; so betrachtet könnte man also der Sonderrechtsvermutung Ergänzungsfunktion zubilligen. Finden sich ausserhalb der Stockwerkeinheiten ebenfalls Beispiele für diese Vermutung? Diesbezüglich besteht nun die Problematik darin, dass der Gesetzgeber offenbar keinen Unterschied zwischen den zwingend gemeinschaftlichen Teilen im Sinne von ZGB 712b II und den Teilen mit einer gemeinschaftlichen Funktion gesehen hat[191]. M.E. muss vom letzteren Begriff ausgegangen werden, der einen weiteren Umfang hat, weil sich damit zugleich eine Brücke schlagen lässt zum allgemeinen Grundsatz, dass die Gemeinschaftsinteressen gegenüber den Individualinteressen den Vorrang haben[192]. Dogmatisch ist so betrachtet davon auszugehen, dass ZGB 712b III nicht eine unwiderlegbare Fiktion, sondern nur eine Vermutung, die durch den Nachweis eines höherrangigen Interesses der Gemeinschaft umgestossen werden kann, darstellt. Faktisch läuft dies darauf hinaus, einen Entscheid darüber zu fällen, ob die Gemeinschaft bzw. welcher Stockwerkeigentümer auf Grund der konkreten baulichen Gegebenheiten zum entsprechenden Bestandteil den stärksten Bezug hat. Diese Interessenabwägung führt somit zu einer erheblichen Relativierung der Sonderrechtsvermutung: Ausserhalb der Eigentumswohnungen werden sich nur selten Beispiele finden, in denen sie zum Zuge kommen kann.

Solche Folgeprobleme lassen sich im übrigen dadurch vermeiden, dass in einem genauen Plan die Sonderrechts- von den Gemeinschaftsteilen optisch geschieden werden.

3. Weil die Sonderrechtsvermutung für die Räume nicht gilt (welchem Stockwerkeigentümer sollten sie im übrigen auch zustehen?), sind die allgemeinen Regeln der Begründung anzuwenden. Wird ein Raum nicht zu Sonderrecht ausgeschieden, besteht weiterhin schlichtes Miteigentum an ihm. Soll später noch Sonderrecht an diesem Raum begründet werden, liegt der Fall von ZGB 712d II 1/WEG 3 I vor, der

189 So hat m.E. Bärmann in einem Vortrag (1959) zu Recht Kritik an der – damals erst beabsichtigten – Sonderrechtsvermutung geäussert (Bärmann, SJZ 1960, 121); vgl. auch Ruedin, 7; Friedrich (§ 5, N 5) begründet auch seine entgegengesetzte Meinung in keiner Weise.

190 Unklar Friedrich, § 5, N 12; angesichts der Tatsache, dass Friedrich die Gebäudeteile und Räume ohne weiteres gleichsetzt, ist zu vermuten, dass er den eng gefassten Wortlaut übersehen hat.

191 Vgl. BBl 1962 II 1489 f, 1513 f.

192 BBl 1962 II 1489.

sonst in der Praxis eher selten ist: Die Betroffenen müssen nämlich einen Vertrag – unter Einhaltung aller formellen Erfordernisse – über die Ausscheidung zu Sonderrecht abschliessen, auch wenn in der Schweiz kein Eigentumsübergang stattfindet und sich eine Änderung (quantitativ) der Wertquoten nicht aufdrängt[193].

Probleme ergeben sich aber dort, wo ein einzelner ein Grundstück aufzuteilen gedenkt, weil derselben Person nicht mehrere im Grundbuch getrennt dargestellte Miteigentumsanteile zukommen können: Entweder muss eine Neubegründung erfolgen (nach vorheriger Löschung des bisherigen Eintrages), sofern der Bauträger immer noch an allen Anteilen berechtigt ist, oder sonst haben die späteren Stockwerkeigentümer einen Vertrag abzuschliessen.

§ 9 Veränderungen in der Zuordnung von Räumen

I Allgemeines

In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass die vom Bauträger konzipierte Aufteilung der Raumeinheiten den späteren Vorstellungen der Stockwerkeigentümer nicht mehr entspricht. Ist nur einer in dieser Lage, wird er sich wohl damit abfinden müssen. Sind es jedoch mehrere, besteht unter Umständen die Möglichkeit, dass sie sich über einen Raumabtausch einigen. Es kann aber auch vorkommen, dass die Platzansprüche der Gemeinschaft ändern oder wachsen, weshalb sie an einer anderen Raumzuteilung interessiert ist.

Bei der sachenrechtlichen Zuordnung der Gebäudeteile handelt es sich jedoch – bildlich – um das Fundament der Stockwerkeigentumskonstruktion. Wird dem Belieben der einzelnen Tür und Tor geöffnet, entstehen für die Gemeinschaft als Ganzes Gefahren. Der Gesetzgeber hat deshalb ein Verfahren vorzusehen, das sicherstellt, dass die Interessen aller Beteiligten gewahrt bleiben.

Dogmatisch ist von der Verbindung zwischen Miteigentum und Sonderrecht auszugehen: Eine Verfügung trifft immer beide Teile[1]. Weil sich der Miteigentumsanteil in der Wertquote niederschlägt[2], führt deshalb die Verfügung über Sonderrecht zu einer Wertquotenänderung.

Die sich bei der Veränderung in der Zuordnung von Räumen stellenden Probleme haben sich dementsprechend insbesondere mit den Fragen der Wertquotenänderung zu befassen. Weil sich die Bedeutung der Wertquoten jedoch auch in anderen Bereichen manifestiert, soll vorerst ein kurzer Überblick über deren Begriff und Auswirkungen, die Bezifferung sowie die Berechnung folgen.

193 Friedrich, ZBGR 1964, 341 und SJK 1302, 8.
1 Hinten § 9 III.
2 Nachfolgend II A.

II Begriff, Bedeutung und Bezifferung der Wertquote

A Der Begriff der Wertquote

1. Im schweizerischen Recht ist der Begriff der Wertquote in ZGB 712e genannt: Sie gibt nach Abs. 1 den Anteil eines jeden Stockwerkes am Wert der Liegenschaft an. Diese Umschreibung ist aber einerseits zu eng und anderseits gegenüber dem Miteigentumsanteil zu wenig abgegrenzt:

- Die Wertquote ist eine (abstrakte) arithmetische Verhältniszahl, die den Umfang der Rechtsposition, die der einzelne am gemeinsamen Rechtsobjekt im Vergleich zu den anderen innehat, bezeichnet.
- Die Wertquote darf nicht mit dem Miteigentumsanteil gleichgesetzt werden: Dieser stellt Eigentum dar, während jene – strukturell verschieden – nur eine Verhältniszahl ist[3]. Gekauft wird deshalb nicht die Wertquote (z.B. x/1000), sondern vielmehr ein Miteigentumsanteil von x/1000 an einer bestimmten, zu Stockwerkeigentum ausgestalteten Liegenschaft[4].

Die Wertquote hilft dementsprechend praktisch – als technisches Hilfsmittel – mit, den Miteigentumsanteil verkehrsfähig zu machen. Deshalb kann gesagt werden, der Anteil sei "nichts anderes als die rechnungsmässig bestimmte und verselbständigte Beteiligung des Einzelnen an der Miteigentümergemeinschaft"[5]. Zugleich fixiert die Wertquote arithmetisch das Ausmass der Beteiligung des Stockwerkeigentümers am gesamten, sowohl die einzelnen Verfügungs- und Verwaltungsbefugnisse wie die Pflichten umfassenden Rechtsinhalt[6].

2. Das WEG verwendet den Begriff der Wertquote nicht. Dennoch wird die entsprechende abstrakte Verhältniszahl vorausgesetzt, z.B. bei der Nutzungs- und Kostenregelung (WEG 16) und bei der Beschlussfähigkeit (WEG 25 III). Die rechnerische Fixierung des Miteigentumsanteils ist in gewissen Bereichen also auch nach dem WEG für die Umschreibung der Rechtsstellung des einzelnen von Bedeutung. Deshalb wird ebenso vom Wertprinzip gesprochen[7].

B Die Bedeutung der Wertquote

1. Die Wertquote ist massgebend für

- die Eigentumsverhältnisse an der zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft[8],

3 Diesen Unterschied hat schon die Botschaft des Bundesrates verkannt (BBl 1962 II 1498), indem sie davon spricht, dass die beiden identisch seien; unzutreffend auch Friedrich (SJK 1302, 3), wonach die Wertquote "nichts anderes" als der Miteigentumsanteil ist (unklar ebenso Friedrich, § 2, N 18).
4 Bundesgericht, 22.3.1977, BGE 103 II 111, E. 3a.
5 Liver, Verzicht, 352.
6 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 646, N 27 und nachfolgend II B.
7 So Bärmann/Pick, § 25, N 11; vgl. auch Weitnauer/Wirths, § 16, N 1.
8 Friedrich, § 2, N 22.

– einzelne Rechte der Stockwerkeigentümer (nachfolgend a),
– einzelne Pflichten der Stockwerkeigentümer (nachfolgend b).

a) Die Wertquote kann Auswirkungen auf die Stimmkraft des einzelnen Stockwerkeigentümers haben. Gesetzlich kommt dies in der Schweiz bei der qualifizierten Beschlussfassung (ZGB 647b I, 647d I, 712g III) in Frage, bei der eine Mehrheit nach Personen wie nach Anteilen verlangt wird (Korrektur des allenfalls formalistischen und die wirtschaftlichen Gegebenheiten, d.h. die Anteilsberechtigung, nicht berücksichtigenden Kopfstimmenprinzips). Die Wertquote ist sogar allein entscheidend, wenn vertraglich das Anteilsstimmrecht eingeführt worden ist[9]. Die Wertquoten spielen weiter eine Rolle bei der Feststellung der Beschlussfähigkeit der Versammlung (ZGB 712p I; WEG 25 III)[10]. Schliesslich sind die Wertquoten – wenn auch nur dispositiv – massgebend für die Verteilung der finanziellen Leistungen, die von Dritten gegenüber der Gemeinschaft erbracht worden sind (Nutzungen)[11]. Dazu gehören die Erträgnisse, die das gemeinsame Rechtsobjekt abwirft, sofern das Geld nicht anderweitig Verwendung findet (z.B. Früchte, Mietzinszahlungen für gemeinschaftliche Räume). Dasselbe gilt für die Versicherungssumme, die ausbezahlt wird, wenn das Gebäude bei dessen ganzer oder teilweiser Zerstörung nicht wieder aufgebaut wird[12]. Ebenso nach Wertquoten wird der Erlös verteilt für einen Verkauf, sei es der ganzen Stockwerkeigentumsliegenschaft, sei es nur einer Einheit, die bisher im Sonderrecht der Gemeinschaft stand[13].

b) Die Wertquoten wirken sich auch auf der Pflichtenseite des einzelnen Stockwerkeigentümers aus: Insbesondere sieht das Gesetz (ZGB 712h I; WEG 16 II) – dispositiv – die entsprechende Verteilung der Kosten und Lasten auf die Gemeinschaftsmitglieder vor[14]. Des weitern bestimmt sich die anteilsmässige Haftung für Fremdkapital nach der Wertquote: Der Gläubiger hat, wenn die Gemeinschaft ihre Schulden nicht mehr decken kann, anteilsmässig nach ihr, weil sie die jeweilige Beteiligung an der Gemeinschaft nach aussen sichtbar macht, gegen die einzelnen Stockwerkeigentümer vorzugehen[15].

2. In gewissen Bereichen fehlt der Wertquote eine Bedeutung:

– Für die Festsetzung des erstmaligen oder späteren Verkaufspreises ist die Wertquote nicht ausschlaggebend[16]; in der Praxis wird sie jedoch auch die entsprechenden wirtschaftlichen Überlegungen stark beeinflussen.
– Spezielle, von den Stockwerkeigentümern veranlasste Einrichtungen (z.B. luxuriöser individueller Innenausbau) finden keinen Niederschlag in der Wertquote (sie wirken sich höchstens auf den Verkaufspreis aus)[17].

3. Weil die Wertquoten gesamthaft betrachtet dementsprechend eine nicht zu unterschätzende Ausstrahlungskraft aufweisen, bedarf es materiell einer sorgfältigen

9 Hinten § 21 C.
10 Hinten § 22 II B.
11 Hinten § 14 II.
12 Magnenat, 45.
13 Friedrich, § 53, N 9 und ZBGR 1973, 144.
14 Hinten § 15 II.
15 Im einzelnen Frei, 71 ff.
16 Friedrich, ZBGR 1973, 144.
17 BBl 1962 II 1516; Friedrich, ZBGR 1973, 144.

und von Voraussicht geprägten Festlegung der Wertquoten[18] sowie ist formell darauf zu achten, dass eine Gemeinschaft ohne die zahlenmässige Aufteilung nicht konstituiert werden kann; die Fixierung der Wertquoten ist denn auch ein notwendiges Element der Begründung (ZGB 712e I, GBV 33a IIb; WEG 7 I, GBV 47). Der Grund für diese strengen Vorschriften liegt im öffentlichen Interesse daran, dass die Wertquoten für den Rechtsverkehr zahlenmässig sichtbar werden (auch im Hinblick auf die Rechtsnachfolger) und dass ein erhöhtes Mass an Rechtssicherheit und Konstanzwahrscheinlichkeit[19] erreicht wird (die Abänderung der Wertquoten ist deshalb erschwert); die Wertquoten nehmen dementsprechend auch am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil.

C Die Bezifferung der Wertquote

1. Formelle Anforderungen hinsichtlich der Bezifferung

a) Der Miteigentumsanteil und damit die Wertquote kann, muss aber nicht, proportional dem Wert der einzelnen zu Sonderrecht zugewiesenen Einheit entsprechen. Das Gesetz überlässt es sowohl im schweizerischen wie im deutschen Recht den Stockwerkeigentümern, darüber zu befinden, ob sie eine Übereinstimmung zwischen dem Wert der einzelnen Wohnungen und dem Anteil am gemeinschaftlichen Eigentum erreichen wollen[20,21].

Ein erhebliches Abweichen von wirtschaftlichem Wert und fixierter Wertquote erweist sich aber nicht nur als unüblich, sondern dürfte in den meisten Fällen auch nicht zu empfehlen sein: Eine gewisse Angleichung der beiden Faktoren liegt auf der Hand; so gehen etwa Weitnauer/Wirths[22] von der Annahme aus, die Übereinstimmung sei auch von den einzelnen aus betrachtet so erstrebenswert, dass sich eine ausdrückliche gesetzliche Normierung als überflüssig erwiesen habe.

b) Im schweizerischen Recht muss im Stockwerkeigentum – anders als im schlichten Miteigentum (ZGB 646) – der Nenner des Wertquotenbruches stets durch ein Hundertstel oder ein Tausendstel ausgedrückt sein (ZGB 712e I; GBV 33a IIb)[23]. Des weitern geht die herrschende Lehre überwiegend davon aus, dass der Zähler des Wertverhältnisbruches durch ganze Zahlen darzustellen ist[24]. Diese gesetzlichen Gestaltungsvorschriften bringen es mit sich, dass die Handhabung der

18 Dazu nachfolgend C.

19 Liver, SPR V/1, 94.

20 Bundesgericht, 22.3.1977, BGE 103 II 111 (unzutreffend Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 12 und Hauger, 97 f, welche die Wertrelation überbetonen); BayObLG, 26.9.1958, NJW 1958, 2116; OLG Celle, 29.3.1974, NJW 1974, 1909 f; Weitnauer/Wirths, § 16, N 1; Bärmann/Pick, § 6, N 7; Soergel/Baur, § 3, N 6.

21 Eine solche Übereinstimmung sieht demgegenüber das österreichische Wohnungseigentumsgesetz vom 1.7.1975, § 3 I, vor.

22 Weitnauer/Wirths, § 16, N 1; vgl. auch Friedrich, ZBGR 1973, 144; Bärmann/Pick, § 6, N 7 und Diester, NJW 1971, 1157.

23 BBl 1962 II 1515; Liver, SPR V/1, 55, Anm. 9.

24 Friedrich, ZBGR 1973, 144; Besson, 352; Magnenat, 39.

Wertquoten in solchen Bereichen, in denen sie Auswirkungen haben, praktikabel wird:

- Die sofortige Feststellung der Quoren in Versammlungsgeschäften bei qualifizierter Beschlussfassung sowie die Verteilung der Kosten und Nutzen werden erleichtert.
- Die Übersichtlichkeit nach aussen wird erhöht und der Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt vereinfacht.

Normalerweise dürfte eine Ausgestaltung der Wertquote mit Tausendsteln ausreichen, um eine sinnvolle Darstellung des Wertverhältnisses zu gewährleisten; will man jedes Detail in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht erfassen, besteht die Gefahr einer übermässigen Aufsplitterung der Miteigentumsanteile[25]. Immerhin ist nicht zu übersehen, dass es Fälle gibt, in denen die erwähnte Bruchteilsbildung ungenügend ist:

- wenn drei Stockwerkeigentümer je eine etwa gleich grosse Eigentumswohnung haben und bewusst gleiche Rechte und Pflichten übernehmen wollen (z.B. 333,33/1000) und
- wenn prozentual nur sehr kleine Raumeinheiten ausgeschieden werden, deren Wert 1/1000 eindeutig nicht erreicht.

Die Grundbuch-Praxis des Kantons Bern ist denn auch davon ausgegangen, dass in Ausnahmefällen Dezimalbrüche im Zähler zulässig seien[26]. Diese Ausnahmen dürfen aber nicht zu einer Erweichung des Prinzips führen und es wären von Rechtsprechung, Lehre und Gesetzgebung entsprechende Abgrenzungskriterien zu erarbeiten.

Demgegenüber kennt das deutsche Recht keine gesetzliche Begrenzung bei der Bildung der Wertanteile; es kommt deshalb vor, dass Millionstel im Nenner und gebrochene Ziffern im Zähler des Bruchs des Wertverhältnisses erscheinen[27]. In neuerer Zeit sind nun praktische Bedenken gegen solche Vertragsgestaltungen laut geworden[28]: Die Verteilung der Kosten und die Bemessung des Wertquotenstimmrechts werde übermässig erschwert, ohne dass eine erhebliche sachliche Rechtfertigung bestehe, weshalb gegen vereinfachende Abrundungen keine Bedenken zu erheben seien. Dennoch darf der Richter weiterhin nicht in vertragliche Anordnungen eingreifen, nur um Vereinfachungen herbeizuführen.

c) Das Gesetz schreibt als massgebenden Zeitpunkt zur erstmaligen Festsetzung der Wertquoten den Begründungsakt vor; die Wertquoten haben also spätestens bei der Eintragung des Stockwerkeigentums im Grundbuch als notwendiges Element definitiv[29] festzustehen (vgl. ZGB 712e I, GBV 33a IIb; WEG 7 I, GBV 47)[30].

25 A.A. wohl Magnenat, 39 und Ruedin, Stockwerkeigentum 1976/I, 9.

26 Kreisschreiben Nr. 4 des Grundbuchamtes Bern vom 15.12.1972, Berner Notar 1972, 61; vgl. auch Magnenat, 39; Ruedin, Stockwerkeigentum 1976, 9; kritisch dazu Friedrich, ZBGR 1973, 144. Neuerdings hält auch das Notariatsinspektorat Zürich (Mitteilung Nr. 20, 9) die Aufteilung in Zehntausendstel für zulässig, wenn die Tausendstel den Wertverhältnissen offensichtlich nicht genügen, nicht aber, wenn sie lediglich der Verfeinerung der Quotenbildung dienen (Friedrich soll mündlich zugestimmt haben). Dieser Auffassung ist zu folgen.

27 Vgl. BayObLG, 26.9.1958, NJW 1958, 2116 und BGH, 18.6.1976, NJW 1976, 1976.

28 Diester, NJW 1971, 1157 und Rechtsfragen, N 146.

29 Vorbehalten bleibt die Abänderung.

30 Vgl. auch Friedrich, § 2, N 19.

Die Wertquoten werden durch einstimmigen Beschluss aller Stockwerkeigentümer (ZGB 712d II 1; WEG 3 I)[31] oder durch einseitige Erklärung des Eigentümers der Liegenschaft bzw. des Baurechtsnehmers (ZGB 712d II 2; WEG 8 I) festgelegt. Nur ausnahmsweise ist der Richter berechtigt, die Wertquoten zu fixieren, nämlich dann, wenn ein berechtigtes Abänderungsbegehren eingereicht wird (vgl. ZGB 712e II) oder wenn sich die Beteiligten bei der Eintragung altrechtlichen Stockwerkeigentums (SchlT ZGB 20bis) über die Festlegung der Grösse einzelner Wertquoten nicht einigen können. Hingegen dürfte der Richter nicht, wie K. Müller meint[32], immer dann als Deus ex machina anrufbar sein, wenn eine Einigung unter den Beteiligten nicht zustande kommt, weil diese gerade Voraussetzung für die Entstehung von Stockwerkeigentum ist[33].

2. Die materielle Berechnung der Wertquoten

a) Über die Berechnung der Wertquoten enthalten sowohl das schweizerische wie das deutsche Recht keine Bestimmungen; die Stockwerkeigentümer sind also in der Konzipierung des Anteilsverhältnisses frei. Die Vertragsgestaltungsmöglichkeiten sind insbesondere auch deshalb relativ umfassend, weil die Wertquote nicht dem wirtschaftlichen Wert der Stockwerkeinheit zu entsprechen hat[34]; immerhin sollten krasse Missverhältnisse vermieden werden.

Ein allgemeingültiges Schema zur Berechnung der Wertquoten lässt sich nicht aufstellen; ausschlaggebend sind weitgehend die konkreten Einzelumstände. In der Literatur wird denn auch allgemein anerkannt, dass es sich bei der Wertquotenbestimmung um "keine leichte Aufgabe"[35] handle, die besonderer Sorgfalt bedarf[36].

Immerhin sind in der Literatur einige Modelle erarbeitet worden, die Anhaltspunkte dafür abgeben, wie bei der Berechnung der Wertquoten vorgegangen werden kann[37]. Diese Modelle lassen sich jedoch kaum je direkt übernehmen, sondern sie zeigen nur Möglichkeiten auf und geben Hinweise, die allenfalls variiert Verwendung finden können. Mangels exakter Methoden[38] spielt insbesondere auch die Erfahrung (v.a. im Hinblick auf die Schätzung nicht fixierbarer Faktoren) eine grosse Rolle; daraus erhellt überdies, dass der Jurist gewöhnlich auf die Mitarbeit eines Architekten oder Bauingenieurs angewiesen sein wird.

b) Bei der Bewertung des Anteils des Stockwerkeigentümers ist grundsätzlich vom Rauminhalt der jeweiligen Eigentumswohnung auszugehen (Nettorauminhalt: Grundfläche multipliziert mit Höhe, je nach den konkreten Umständen unter voller oder teilweiser Berücksichtigung der Nebenräume). Diese Kubikmeterzahl ist mit so vielen Koeffizienten zu vervielfältigen, als es den festgestellten qualitativen Merk-

31 Nicht ausreichend ist demgegenüber ein Mehrheitsbeschluss (K. Müller, 65; F. Schmid, 93).
32 K. Müller, 65.
33 In diesem Sinne auch Friedrich, § 2, N 23.
34 Vorgehend C 1 a.
35 Liver, SPR V/1, 93.
36 BBl 1962 II 1498.
37 K. Müller, 170 ff; F. Schmid, 94 ff; Bärmann/Pick, § 16, N 140 ff.
38 Weitnauer/Wirths, § 16, N 1a.

malen der Wohnungen entspricht. Dabei ist von derjenigen Raumeinheit auszugehen, welche die idealsten Forderungen erfüllt und somit den höchsten Wertkoeffizienten aufweist. Solche zu berücksichtigende Momente sind[39]:

- weiträumige oder engräumige Anlage der Wohnung (bessere Bewertung des Wohnungstyps);
- Lage und Aussicht der Wohnung;
- Helligkeit der Wohnung;
- Höhe des Stockwerks (je höher, desto bessere Aussicht und desto mehr Licht; je tiefer, desto geeigneter für berufliche Tätigkeiten);
- besondere Eignung der Wohnung (leichtere Benutzbarkeit und Zugänglichkeit: Dieser letzte Vorzug ist insbesondere bei Geschäftsräumlichkeiten zu veranschlagen);
- Nebenräume und Ausstattung der Wohnung (Balkon, Terrasse);
- Erbauungszeitpunkt;
- höherer oder geringerer Wert des verwendeten Materials oder der verwendeten Arbeit;
- unterschiedliche sanitäre Erschliessung;
- Vorhandensein von Aufzügen für die Wohnung (bzw. Nähe oder Entfernung davon);
- grösserer oder geringerer Wert des auf dem Stockwerk, auf dem die Wohnung liegt, verwendeten Materials;
- auf der Liegenschaft liegende Dienstbarkeiten, welche die einzelnen Stockwerkeinheiten unterschiedlich belasten bzw. begünstigen.

Unberücksichtigt bleiben bei der Berechnung der Wertquote demgegenüber der innere Zustand der Stockwerkeinheit (v.a. das Vorhandensein von Luxus-Einrichtungen) sowie der Verkaufs- oder Mietwert[40].

III Die Änderung der Wertquote

A Problemübersicht

In einer Stockwerkeigentümergemeinschaft kann ein einzelner nicht nur Miteigentum oder nur Sonderrecht haben: Jeder Besitzer einer Eigentumswohnung ist zwingend Eigentümer eines Miteigentumsanteils und jedem Miteigentümer muss notwendig ein Teil des Gebäudes zu Sonderrecht zugeschieden werden. Miteigentum und Sonderrecht stehen demzufolge zueinander in einem grundsätzlich unlösbaren Verhältnis; wie die Verbindung dabei dogmatisch genau zu verstehen ist, erscheint noch ungenügend geklärt[41]. Die deutsche Lehre verwendet überwiegend den Begriff "Akzessorietät"[42]; dies ist m.E. deshalb problematisch, weil diesem Begriff im Schuldrecht bereits eine feststehende Bedeutung zukommt. Angebrachter erscheint es, einen im Sachenrecht bereits heimischen Begriff zu gebrauchen, nämlich den der subjektiv-dinglichen Verknüpfung. Diese findet ihren Anwendungsbereich zwar vor allem im Dienstbarkeitsrecht, doch steht m.E. einer Ausweitung auf das Stockwerk-

39 Vgl. dazu K. Müller, 66 f, 170 ff; Hindermann, 64 ff; Montchal, 29 ff; Magnenat, 39 ff; F. Schmid, 94 ff; Friedrich, ZBGR 1973, 143 f; Bärmann/Pick, § 16, N 129 ff (v.a. N 138) und N 140 ff (v.a. N 147 ff) sowie Bärmann, Praxis, 11, 256 ff.

40 Friedrich, ZBGR 1973, 144; Besson, 352 f.

41 Vgl. etwa die Konstruktionsversuche der deutschen Lehre hinsichtlich des Sondereigentums (vorne § 2 III).

42 Statt vieler: Bärmann/Pick, Einl. N 187 f; Soergel/Baur, § 6, N 2; kritisch zur Akzessorietät Weitnauer, Rechtspfleger 1976, 342.

eigentum nichts im Wege (auch wenn das Sonderrecht qualitativ und quantitativ weiter geht als eine Dienstbarkeit). Unter subjektiv-dinglicher Verknüpfung wird somit im folgenden die – wie auch immer im einzelnen geartete – Verbindung zwischen Sonderrecht und Miteigentumsanteil verstanden, die grundsätzlich unauflöslich ist[43].

Weil dementsprechend die beiden Rechtspositionen (Sonderrechtsinhaber und Miteigentümer) nicht eigentlich verselbständigt werden können, lässt sich nicht ein Teil des Sonderrechts ohne Miteigentumsanteil veräussern, sondern es bedarf einer gleichzeitigen Verfügung über beide Rechtsstellungen (so verstanden ist das Sonderrecht "unselbständig")[44]. Weil sich nun aber der Miteigentumsanteil rechnerisch in der Wertquote niederschlägt und mit jeder Verfügung über Sonderrecht ein – wenn auch noch so bescheidener – Miteigentumsanteil verbunden ist, führt eine Veräusserung von Sonderrecht zwangsläufig zu einer Wertquotenänderung. Die sich dabei ergebenden Komplizierungen – vor allem in der praktischen Anwendung – sollen in der Folge zur Sprache kommen.

B Fallstudien

1. Allgemeines

Wenn der Stockwerkeigentümer seine Raumeinheit (allenfalls inklusive Nebenräume) kauft, tritt er in den überwiegenden Fällen (der einseitigen Begründung) ein bereits fixiertes Objekt an, das seinen Vorstellungen nicht in allen Einzelheiten entspricht. Dasselbe kann auch für ein anderes Gemeinschaftsmitglied zutreffen und es ist möglich, dass sich die beiden über eine Veränderung oder einen Abtausch eines Raumes einigen. Genügt angesichts der Tatsache, dass jede Veräusserung von Sonderrecht verbunden ist mit einer Verfügung über den Miteigentumsanteil, eine entsprechende private Übereinkunft? Inwieweit soll eine allfällige Mitbestimmung der übrigen Stockwerkeigentümer gehen? Ein Gemeinschaftsmitglied ist vielleicht auch daran interessiert, eine grosse, ihm gehörende Eigentumswohnung zu teilen oder zwei benachbarte, ihm zustehende Einheiten zusammenzulegen. Fallen solche Vorgänge in seine alleinige Zuständigkeit? Trotz der erheblichen praktischen Relevanz fehlt es – v.a. in der Schweiz – an einer wissenschaftlichen Durchdringung der sich dabei stellenden Fragen[45]. In einer kasuistisch ausgerichteten Darstellung sollen im folgenden einige Problemkreise angeschnitten und mögliche Lösungen aufgezeigt werden:

43 Zum subjektiv-dinglichen Miteigentum vgl. insbesondere Rey, 133 f sowie auch Liver, SPR V/1, 59.

44 Sofern der Käufer der Raumeinheit nicht bereits Stockwerkeigentümer war, hat dies noch die wesentliche "Nebenfolge", dass er Mitglied der Gemeinschaft wird.

45 Diese Lücke wird nun gefüllt durch eine Arbeit von Heinz Rey, 129 ff; für Deutschland vgl. die Ansätze bei Matthaei, 1 ff; Diester, Rechtspfleger 1965, 209; Tasche, DNotZ 1972, 710 ff; Röll, Rechtspfleger 1976, 283 ff.

- Räumliche Vergrösserung oder Verkleinerung am zu Stockwerkeigentum aufgestellten Gebäude
- Aufspaltung von Stockwerkeigentum ohne und mit Weiterveräusserung
- Vereinigung von Eigentumswohnungen
- Teilveräusserung der Stockwerkeinheit an einen anderen oder an andere (nicht alle) Stockwerkeigentümer
- Teilveräusserung der Stockwerkeinheit an einen Dritten
- Teilveräusserung der Stockwerkeinheit an die Stockwerkeigentümergemeinschaft oder an alle Stockwerkeigentümer

Generell ist jedoch ein solches Änderungsverfahren nur möglich, wenn die neu entstehenden Raumeinheiten in sich abgeschlossen sind und einen eigenen Zugang aufweisen. Müssen zuvor bauliche Veränderungen an gemeinschaftlichen Teilen vorgenommen werden, bedarf es – je nach deren Ausmass – der vorgängigen Beschlussfassung in der Eigentümerversammlung (ZGB 647c–e; WEG 21/22).

2. Räumliche Vergrösserung oder Verkleinerung am zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäude

a) Räumliche Vergrösserungen oder Verkleinerungen am zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäude sind vor allem dann möglich, wenn die Begründung schon vor Errichtung des Gebäudes stattfand und hierauf während des Baus volumenmässige Änderungen vorgenommen werden[46]. In Frage kommen ein Anbau, ein Höherbau[47] oder ein Tiefbau. Werden durch die Vergrösserung bzw. Verkleinerung nur die gemeinschaftlichen Teile betroffen oder alle Stockwerkeinheiten in etwa gleichem Ausmasse[48], erweist sich grundsätzlich eine Wertquotenänderung nicht als nötig, weil sich diese – relativ betrachtet – anpassen (eine Veränderung erfährt höchstens der absolute wirtschaftliche Wert); das Verhältnis unter den Stockwerkeigentümern bleibt somit gleich[49]. Die praktische Wahrscheinlichkeit, dass ein solcher "ausgeglichener" Sachverhalt eintritt, dürfte jedoch nicht allzu häufig sein (bzw. die Betroffenen realisieren es kaum).

Anders stellt sich aber die Rechtslage dar, wenn mehr oder weniger Einheiten als ursprünglich geplant erstellt werden. Ob nämlich die Gemeinschaft ein Mitglied mehr oder weniger aufweist, schlägt sich etwa in der Stimmenverteilung und in der Kostentragungspflicht nieder.

- Werden nicht genügend Stockwerkeinheiten gebaut, gehen zwangsweise einzelne Stockwerkeigentümer leer aus; sie werden dann den Vertrag gegenüber dem Bauträger rückgängig machen (allenfalls unter Schadenersatzpflicht). Den verbleibenden Gemeinschaftsmitgliedern kommt entsprechend ein höherer Miteigentumsanteil zu; formell bedarf es somit der Abänderung der Wertquoten, wobei ein

46 Vgl. auch vorne § 6, 4 d.
47 Zum Höherbau auch Bundesgericht, 22.3.1973, BGE 99 Ib 143 f und die Besprechung von Peter Liver, ZbJV 1975, 71.
48 Zum Sonderfall, dass nur eine Einheit von der Vergrösserung profitiert bzw. von der Verkleinerung betroffen wird: nachfolgend b.
49 Rey, 131.

einstimmiger Beschluss schon deshalb vorliegen muss, weil alle Stockwerkeigentümer durch die Erhöhung betroffen sind. Praktische Schwierigkeiten sind – trotz der grösseren Kostenbeteiligung – von dieser Beschlussfassung wohl nicht zu erwarten, weil – auch angesichts der verstärkten Stimmkraft – kaum stichhaltige Gründe gegen die Erhöhung sprechen. Dieselben Grundsätze gelten, wenn ein im Sonderrecht stehender Anbau abgerissen und nicht wieder aufgebaut wird (durch den Wegfall einer Einheit werden die restlichen Anteile grösser).

– Problematischer dürfte der entgegengesetzte Fall sein: Durch die Vergrösserung der Gemeinschaft (jeder Stockwerkeigentümer muss ja einen Anteil haben und ist damit Mitglied der Gemeinschaft) erweist sich eine Reduzierung der Wertquote des einzelnen als notwendig. Kommt es unter den – allen – Beteiligten nicht zu einer Verständigung, muss der Richter angegangen werden (ZGB 712e II: Berichtigung der Wertquoten); vorbehalten bleibt eine allfällige Schadenersatzpflicht des fehlbaren Bauträgers bzw. Architekten.

b) Weniger eindeutig ist die Rechtslage, wenn nur eine Stockwerkeinheit von der Vergrösserung des Gebäudes profitiert bzw. von der Verkleinerung betroffen wird. Praktisch handelt es sich vorwiegend darum, dass etwa die Attikawohnung oder gewisse Kellerräume vergrössert werden. Während es in Deutschland der herrschenden Meinung entspricht, dass solche Veränderungen keinen Einfluss auf die Wertquoten haben[50], ist die Frage in der Schweiz umstritten[51].

M.E. lässt sich nicht ein allgemeiner Entscheid fällen, sondern es ist die Problematik differenzierter zu betrachten: Es muss nämlich entscheidend auf den Willen der Beteiligten bei der Ausscheidung der Sonderrechtsteile und der damit verbundenen Festlegung der Miteigentumsanteile ankommen. Haben die nachmaligen Stockwerkeigentümer für die Quotenberechnung einzig und allein auf die Quadrat- bzw. Kubikmeterzahl der zu Sonderrecht ausgeschiedenen Raumeinheit abgestellt, wäre es ungerechtfertigt, wenn eine wesentliche Änderung nicht berücksichtigt würde; in einem solchen Fall erscheinen die Wertquoten als "unrichtig" (so ZGB 712e II a.E.) und sie sind den hypothetisch angestrebten Verhältnissen anzupassen. Im Normalfall ist hingegen in der Praxis eine Quotenänderung nicht nötig, weil davon auszugehen ist, dass die Beteiligten keine Übereinstimmung von Miteigentumsanteil und Wert des Sonderrechts herbeiführen müssen[52]. Dazu kommt, dass im Hinblick auf die Attikawohnung die tragenden Aussenwände zwar umfangreicher werden, was sich in der Kostentragungspflicht niederschlägt (sofern nicht vertraglich eine andere Verteilung der Kosten vereinbart wird), dass jedoch die Vergrösserung nicht nur dem Sonderrechtsinhaber, sondern als Wertsteigerung des gesamten Gebäudes allen Stockwerkeigentümern zugute kommt; es erhöht sich somit auch der wirtschaftliche Wert der einzelnen Anteile (z.B. im Hinblick auf die Verpfändung). Wird aber die Rechtsstellung der übrigen Stockwerkeigentümer nicht verschlechtert (keine disproportionalen Wertsteigerungen), drängt sich eine Wertquotenänderung nicht auf[53].

50 BGH, 18.6.1976, NJW 1976, 1976 f.

51 Gegen eine Beeinflussung der Wertquoten hat sich das Bundesgericht ausgesprochen (22.3. 1977, BGE 103 II 111 f), für eine Beeinflussung das Zürcher Obergericht (20.11.1972, ZR 1973, Nr. 44).

52 Vorne § 9 II C 1.

53 Vgl. auch Rey, 131 f.

3. Die Aufspaltung von Stockwerkeinheiten ohne und mit Weiterveräusserung

a) Innerhalb des Bereichs des Sonderrechts ist der Stockwerkeigentümer befugt, seine Einheit baulich umzugestalten. Es ist nun auch denkbar, dass er statt der bisherigen grossen Eigentumswohnung zwei kleinere konzipieren kann, ohne die Belange der Gemeinschaft zu tangieren. Ist die neue Einheit in sich abgeschlossen und verfügt sie über einen eigenen Zugang, ist ein Miteigentumsanteil mit ihr zu verbinden. Die übrigen Stockwerkeigentümer werden davon unmittelbar deshalb nicht berührt, weil ihre Wertquoten nicht ändern, sondern der bisherige grosse Anteil aufzuspalten ist. Bedarf eine solche "interne" Wertquotenänderung dennoch des vorgesehenen Versammlungsbeschlusses oder kann der Betroffene allein vorgehen?

aa) Sowohl das schweizerische wie das deutsche Recht regeln nur die erstmalige Begründung von Stockwerkeigentum; hinsichtlich der Aufteilung bereits vorhandener Eigentumswohnungen finden sich keine Anordnungen; wegen der strukturellen Verschiedenheit der beiden Sachverhalte erscheint auch eine direkte Anwendung von ZGB 712d II/WEG 3, 8 nicht als möglich. Die Frage ist deshalb aus Sinn und Zweck des Stockwerkeigentums selbst zu entscheiden.

Das Stockwerkeigentum hat gegenüber dem Miteigentum eine qualitative Veränderung erfahren: Die Einheit ist verselbständigt und steht im internen Gestaltungsrecht des einzelnen, soweit die Rechte der anderen dadurch nicht tangiert werden. Des weitern kann derselbe Stockwerkeigentümer nebeneinander mehrere Einheiten – im Gegensatz zum schlichten Miteigentum voneinander gesondert – innehaben. In Anlehnung an ZGB 712d II 2/WEG 8 I erscheint es dementsprechend auch gerechtfertigt, dass der einzelne seine Eigentumswohnung aufteilen darf[54]. Formell muss er zwar den ihm bisher schon gehörenden Miteigentumsanteil und damit die Wertquote zweiteilen; materiell geht es dabei aber nicht um einen im Aussenbereich wirksamen Änderungsvorgang, sondern lediglich um einen internen Verteilungsakt, der vom Sinn des Gesetzes kaum erfasst sein dürfte. Überdies lässt ein solches Vorgehen die Rechtsstellung der übrigen Stockwerkeigentümer unbeeinträchtigt: An der Wertquotenverteilung (und damit auch etwa der Kostentragung) ändert sich – mit Ausnahme der eigenen, die aufzuteilen ist – nichts; ebenso wird bei Geltung des Kopf- oder Wertquotenstimmprinzips die Stimmkraft nicht vergrössert. Problematisch könnte einzig der Grundsatz "pro Einheit eine Stimme" sein[55]: M.E. ist aber davon auszugehen, dass nicht nur für die ideelle, sondern auch für die reale Teilung einer Einheit das Prinzip der einheitlichen Stimmrechtsausübung gilt (ZGB 712o I; WEG 25 II 2)[56], eine Regelung, die sich im übrigen vorsorglicherweise auch vertraglich vereinbaren liesse. Es fehlt somit ein Anlass dafür, die Zustimmung der

54 So auch BGH, 17.1.1968, BGHZ 49, 256 mit zustimmender Anmerkung von Johannes Bärmann (JZ 1968, 565); BayObLG, 25.8.1976, MDR 1977, 53; Soergel/Baur, § 3, N 29; Röll, Teilungserklärung, 39 und Rechtspfleger 1976, 284; Matthaei, 9 ff; Noack, Rechtspfleger 1976, 193; vgl. nun auch Merle, Wohnungseigentum, 162 ff; in der Schweiz ist meines Wissens die Frage noch nicht erörtert worden (unklar dazu Hauger, 121 f).

55 Werden die Kosten nach der Anzahl Wohnungen verteilt, so zahlt – je nach den dafür konkret massgeblichen Vorstellungen – der Teilende entweder soviel wie bisher oder pro Einheit. Möchte er eine Kostenreduktion erreichen, hat er die Versammlung der Stockwerkeigentümer deswegen anzugehen.

56 Vgl. auch Bärmann, JZ 1968, 565 und OLG Braunschweig, 30.6.1976, MDR 1976, 1023.

übrigen Stockwerkeigentümer zur "internen" Wertquotenänderung als nötig zu erachten.

Auf die Durchführung des Quotenänderungsverfahrens ist jedoch – ausnahmsweise – dann nicht zu verzichten, wenn die Teilung wegen der besonderen vertraglichen Ausgestaltung auf das Gemeinschaftsverhältnis Rückwirkungen hat und dadurch die übrigen Stockwerkeigentümer in ihren Rechten beeinträchtigt werden. Insbesondere dürfte ohne deren Mitwirkung keine zusätzliche Stimmberechtigung geschaffen werden[57].

bb) Wenn man davon ausgeht, die interne Aufspaltung der Eigentumswohnung sei ohne Zustimmung der übrigen Gemeinschafter zulässig, so besteht im konkreten Fall unter Umständen für diese das Risiko einer gewissen Mehrbelastung. Um dieser Gefahr – teilweise – entgegenzuwirken, lässt sich die Zustimmung zur internen Wohnungsteilung ohne dingliche Wirkung vereinbaren; eine entgegengesetzte Verfügung ist zwar dennoch wirksam, doch kann der Betroffene schadenersatzpflichtig werden.

cc) Praktische Gründe für die Unterteilung einer Stockwerkeinheit ohne Weiterveräusserung sind etwa eine erweiterte Belastungsmöglichkeit (Grundpfandrechte), steuerrechtliche Überlegungen oder die Teilvermietung. In tatsächlicher Hinsicht entsteht für die Gemeinschaft unter Umständen also eine Mehrbelastung (Vermietung). Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich der Belastungsvorgang (nicht die Wertquotenveränderung) von der Einsprache bzw. Zustimmung im Sinne von ZGB 712c II bzw. WEG 12 abhängig machen lässt[58]. Die Frage ist nicht generell zu beantworten, sondern es muss – differenziert – auf den konkreten Einzelfall abgestellt werden. Überlässt der teilende Stockwerkeigentümer die eine "Unter"-Einheit seinen betagten Eltern, so liegt wohl funktionell kein Fall von ZGB 712c II/WEG 12 vor, weil er diese auch in seine ursprünglich grosse Wohnung hätte aufnehmen können, und es nicht dem Sinne der Einsprache (Zustimmung) entspricht, die gewöhnliche Zunahme der Gebrauchsintensität zu verhindern. Anders ist jedoch bei einer eigentlichen Vermietung zu Erwerbszwecken zu entscheiden; in dieser Situation liegt keine zweckwidrige Verwendung eines Kontrollrechtes vor. Ebenso wäre es durch eine konkrete Umschreibung der Zweckbestimmung des Gebäudes und der Benutzungsregeln hinsichtlich der gemeinschaftlichen Teile möglich, den Verwendungsbereich geteilter Eigentumswohnungen einzuengen.

b) Welche Folgerungen ergeben sich nun für die Weiterveräusserung einer solchermassen geteilten Stockwerkeinheit? Wie dargelegt, wird die Stellung der Wohnungseigentümer nur formal berührt, indem die Zahl der Wohnungseigentumsrechte steigt. Bestehen nun aber zwei selbständige Raumeinheiten, stellt sich die Frage der Wertquotenänderung nicht – nach der internen Aufteilung – ein zweites Mal: Bei einem Verkauf ganzer Einheiten ergeben sich nämlich keine Änderungen hinsichtlich des Inhalts des Stockwerkeigentums, sondern höchstens hinsichtlich der Person des Inhabers. Auf diesen nimmt jedoch das Zustimmungserfordernis der übrigen Beteilig-

57 Röll, Rechtspfleger 1976, 284.

58 Bejahend BGH, 17.1.1968, BGHZ 49, 257 mit zustimmender Anmerkung von Bärmann (JZ 1968, 565); Bärmann/Pick, § 8, N 46; Soergel/Baur, § 3, N 29; verneinend Weitnauer/Wirths, § 12, N 1a und Matthaei, 13 ff; ohne Stellungnahme BayObLG, 12.1.1977, MDR 1977, 670.

ten aus ZGB 712e II bzw. WEG 6 I keinen Bezug. Diese Folgerungen hat der BGH in den teilweise gewundenen Erwägungen[59] zwar nicht explizit gezogen[60]; immerhin ist – ohne kasuelle Notwendigkeit – als dogmatische Stütze auf die allfällige analoge Anwendung von WEG 25 II 2 (= ZGB 712o I) hingewiesen worden.

Dementsprechend steht es also einem Stockwerkeigentümer frei, seine Einheit, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt werden, ohne das Quotenänderungsverfahren zu teilen, damit eine neue Einheit entstehen zu lassen und hierauf diese zu verkaufen. Ist die fehlende Mitwirkung der übrigen Gemeinschafter nicht ungerechtfertigt? Diese Frage ist m.E. zu verneinen: Die Stockwerkeigentümer bilden eine Objektsgemeinschaft (wenn zwar auf personeller Basis), ohne dass sehr enge persönliche Beziehungen vorliegen müssten; auch fehlt ein relevantes Interesse am Schutz der ursprünglichen baulichen Ausgestaltung bzw. der Aufteilung. Durch die Veränderung darf lediglich die mitgliedschaftliche Stellung der übrigen Gemeinschafter nicht beeinträchtigt werden. Die durch die Teilung hervorgerufene Vervielfältigung der Rechte darf also den davon Betroffenen nicht zum Nachteil gereichen, Ausbau der Rechtsausübung und Aufteilung der mitgliedschaftlichen Befugnisse nicht über das seitherige Mass hinausgehen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Stimmrechts: Verkäufer und Erwerber der neuen Einheit haben bei Geltung des Kopfstimmenprinzips gemeinsam nur eine Stimme (ZGB 712o I; WEG 25 II 2).

Die Stockwerkeigentümer haben selbstverständlich die Möglichkeit, eine Veräusserungsbeschränkung im Sinne von ZGB 712c II/WEG 12 vorzusehen, die das Eintreten unerwünschter Dritter wenigstens dann verhindert, wenn ein wichtiger Grund vorliegt[61].

4. Die Vereinigung von Eigentumswohnungen

Besitzt ein Stockwerkeigentümer zwei benachbarte Eigentumswohnungen, hat er unter Umständen das Bedürfnis, die beiden zusammenzulegen und eine einheitliche Raumeinheit zu bilden. Sofern dadurch die gemeinschaftlichen Teile nicht beeinträchtigt werden, steht diesem Vorgehen nichts entgegen. Entsprechend der Argumentation bei der Teilung einer Eigentumswohnung ist auch in diesem Fall die Durchführung des Quotenänderungsverfahrens nicht als notwendig vorauszusetzen. Die Zusammenziehung der Wertquoten lässt sich materiell kaum als Änderung qualifizieren. Überdies wird die Rechtsstellung der anderen Stockwerkeigentümer nicht beeinträchtigt: Die Stimmkraft wird höchstens eingeschränkt, nicht erweitert; einzig für den Fall, dass gewisse Kosten nach Raumeinheiten zu tragen sind, muss – um finanzielle Ausfälle zu vermeiden – davon ausgegangen werden, dass trotz der Vereinigung die ursprüngliche Verteilung weiterlebt[62]; vertraglich lässt sich dies ausdrücklich so ordnen.

59 So auch Bärmann in seiner Anmerkung zum Entscheid des BGH (JZ 1968, 565).
60 Vgl. BGH, 17.1.1968, BGHZ 49, 256.
61 Hinten § 34 IV A.
62 Vgl. dazu Röll, Rechtspfleger 1976, 285.

Eine Vereinigung von Raumeinheiten ist nicht möglich bei ungleicher pfandrechtlicher Belastung. Erforderlich ist deshalb zugleich eine Vereinheitlichung der Rangverhältnisse bzw. eine gegenseitige Lastenunterstellung.

5. Die Teilveräusserung der Stockwerkeinheit an einen anderen oder an andere (nicht alle) Stockwerkeigentümer

a) Die teilweise Veräusserung der Stockwerkeinheit oder – was praktisch fast eher vorkommen dürfte – der Tausch einzelner Räume unter bisherigen Stockwerkeigentümern kann dogmatisch wegen der subjektiv-dinglichen Verknüpfung von Miteigentumsanteil und Sonderrecht nicht ohne gleichzeitige Verfügung über einen Teil des Miteigentumsanteils geschehen[63]. Dasselbe gilt auch für die sich kubikmässig auswirkende Versetzung von – nicht zwingend gemeinschaftlichen – Trennwänden, die im Mitsonderrecht der direkt Beteiligten stehen[64], ausser wenn die Verschiebung so gering ist, dass sie auf die Wertquoten keinen Einfluss hat. Dieser Fall dürfte jedoch angesichts der Tatsache, dass keine Übereinstimmung zwischen der Wertquote und dem Wert des Sonderrechts vorzuliegen braucht, in der Praxis relativ häufig sein[65].

Die mit der Verfügung über das Sonderrecht gleichzeitig vorzunehmende Verfügung über den Miteigentumsanteil hat also grundsätzlich eine Quotenänderung zur Folge und es ist das Änderungsverfahren zu beachten (in der Schweiz Zustimmung aller unmittelbar Betroffenen und einfacher Mehrheitsentscheid der Versammlung, in Deutschland Zustimmung aller Wohnungseigentümer). Diese an sich gegebene Ausgangslage wird nicht eigentlich bestritten, nur – v.a. in Deutschland – als unbefriedigend empfunden. So führt Tasche aus:

"Folgerichtig wäre es daher unmöglich, nur einen Teil des Sondereigentums, z.B. einen Kellerraum, einen Abstellraum oder einen einzelnen Wohnraum auf einen anderen Wohnungseigentümer zu übertragen, sie gegeneinander unter zwei Wohnungseigentümern zu tauschen oder auch nur die Trennwand zwischen zwei benachbarten Kellerräumen zum Zweck der Vergrösserung des einen und der Verkleinerung des anderen oder ohne Grössenveränderung lediglich zum Zweck einer vorteilhafteren Raumgestaltung mit dinglicher Wirkung zu versetzen (verschieben), ohne gleichzeitig einen Miteigentumsanteil mitzuübertragen ... Rechtlich unanfechtbar ist sicher der dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 WEG folgende Weg, mit der Übertragung von Sondereigentum eine Übertragung eines Miteigentumsanteils für erforderlich zu halten. Er führt aber zu höchst unerfreulichen Weiterungen: ..."[66].

63 Zur Verfügung über ein Stockwerk im allgemeinen Friedrich, § 47, N 4 ff.

64 Vorne § 8 IV B.

65 Der umgekehrte Fall liegt dann vor, wenn nur die Miteigentumsanteile geändert werden sollen, ohne dass die Sonderrechtsausscheidung dadurch berührt wird; der BGH (18.6.1976, MDR 1977, 41 f) hat dabei das Einverständnis der direkt Betroffenen genügen lassen, weil das Gesetz kein bestimmtes Verhältnis zwischen dem Mit- und dem Sondereigentum verlange; zudem würden die anderen in ihren Rechten nicht tangiert. Auch wenn man sich dieser Ansicht nicht verschliesst, ist einschränkend festzustellen, dass damit eine Aufweichung der subjektiv-dinglichen Verknüpfung bewirkt wird und dass eine Änderung der Stimmverhältnisse (bei Geltung des Wertquotenstimmrechts) den übrigen unter Umständen nicht gleichgültig ist.

66 Tasche, DNotZ 1972, 710, 712.

b) Die Suche der deutschen Lehre nach einem Weg, von der Zustimmung aller anderen Wohnungseigentümer zu einer Abänderung des Teilungsvertrages wegzukommen, ist insoweit verständlich, als es unter Umständen unverhältnismässig ist, wegen einer minimen Änderung eine grosse Wohnungseigentümergemeinschaft zu bemühen; überdies besteht die Gefahr, dass die Einstimmigkeit überhaupt nicht erreicht wird. In der Schweiz ist die praktische Situation deshalb weniger prekär, weil neben der Zustimmung der direkt Betroffenen nur ein einfacher Mehrheitsbeschluss für die Quotenänderung erforderlich ist (ZGB 712e II).

Für Deutschland kann davon ausgegangen werden, dass die herrschende Lehre heute weitgehend die Unnötigkeit der Änderung der Miteigentumsanteile für Sondereigentumsverfügungen unter den Wohnungseigentümern bejaht[67]. Es fällt aber auf, dass diese Ansicht nicht, dogmatisch ungenau[68] oder unter Betonung von wirtschaftlichen Erwägungen und Zweckmässigkeitsüberlegungen begründet wird.

Als wirtschaftliche und Praktikabilitätsgründe werden etwa angeführt:

- Die Übertragung von sehr kleinen Miteigentumsanteilen erschwert die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft[69].
- Minime Quotenänderungen bringen für den Verwalter erhebliche zusätzliche Belastungen, weil er Abrechnung und Wirtschaftsplan laufend entsprechend zu ändern hat[70].

Angestrebt wird deshalb ein "Resultat", wonach das Änderungsverfahren den Fällen mit einer gewissen Mindeständerung vorbehalten bleibt:

"Eine Quotenverschiebung (-änderung) im Rahmen von nur Raumveränderungen erscheint nur dann sinnvoll, wenn diese Änderungen so gross sind, dass die betreffende Wohnungseinheit dadurch in die nächstgrössere bzw. kleinere Wohnungseinheitsgruppe rückt; die darunterliegenden geringfügigen Grössenänderungen sollten eine Angelegenheit der beiden davon betroffenen Wohnungseigentümer bleiben, die darüber notfalls eine (schuldrechtliche) Vereinbarung zwecks Ausgleichs von Vor- und Nachteilen treffen mögen"[71].

Völlig unproblematisch ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise jedoch ebenfalls nicht, insbesondere im Hinblick auf die Beleihung der Raumeinheiten[72]: Miteigentumsanteil und Sondereigentum unterliegen nämlich gemeinsam der Pfandhaft; wird ein Teil der Einheit verkauft, reduziert sich ihr wirtschaftlicher Wert (im Extremfall auf ein Minimum, wenn der Betroffene die Wohnung verkauft und nur

67 In diesem Sinne Weitnauer/Wirths, § 6, N 2a; Soergel/Baur, § 6, N 4; Erman/Westermann, § 6, N 2; Tasche, DNotZ 1972, 715; Matthaei, 41 f; Hurst, 149; Röll, Rechtspfleger 1976, 285; Hauger, 127 ff; OLG Celle, 29.3.1974, NJW 1974, 1909 f. A.A. (mit eingehender Begründung) aber Bärmann/Pick, § 6, N 4.

68 So verweisen etwa Soergel/Baur (§ 3, N 29) auf den Entscheid des BGH (BGHZ 49, 256); der BGH hat die Frage der Veräusserung aber ausdrücklich offengelassen, weshalb ihm diese (interne Teilung und Verfügung sind nicht dasselbe) nicht gleichsam unterschoben werden kann. Ebenso trifft die Begründung von Röll (Rechtspfleger 1976, 285) nicht zu, wonach die Miteigentumsanteile nicht geändert zu werden brauchten, weil das WEG nicht eine Übereinstimmung von Miteigentumsanteil und Wert des Sondereigentums vorsehe; das Übertragungserfordernis ergibt sich ja ausdrücklich aus der subjektiv-dinglichen Verknüpfung von Miteigentum und Sondereigentum.

69 Tasche, DNotZ 1972, 712 f.

70 OLG Celle, 29.3.1974, NJW 1974, 1909 f.

71 Tasche, DNotZ 1972, 713.

72 Dazu eingehender Rey, 135 f.

die Garage behält). Der Grundpfandgläubiger ist allgemein gesichert dadurch, dass er zu einer Verminderung der Wertquote seine Zustimmung geben muss[73]; würde auf dieses Verfahren verzichtet, verlöre er seinen Schutz[74]. Der wirtschaftlich-praktikabilistischen Auffassung könnte also nur gefolgt werden, wenn trotz des Verzichtes auf das Quotenänderungsverfahren gewisse Kautelen gegen eine Schädigung der Grundpfandgläubiger vorhanden wären.

c) Gesamthaft betrachtet drängt sich m.E. für die Schweiz eine Abweichung vom gesetzlichen Quotenänderungsverfahren (ZGB 712e II) nicht gebieterisch auf, weil bei diesem kaum eine vollständige Blockierung zu erwarten ist. Immerhin erscheint das Zustimmungsverfahren dann als überflüssig, wenn bei einem Tausch die Räume qualitativ und quantitativ gleichwertig sind[75], weil diesfalls nur eine formelle, nicht eine materielle Änderung des Inhalts des Stockwerkeigentums vorliegt. Ebenso wäre es denkbar, die Übertragung von Nebenräumen – als Ausnahme – ohne Quotenänderung zuzulassen[76].

Will man sich im deutschen Recht mit den praktischen Unzukömmlichkeiten, die eine Zustimmung aller Wohnungseigentümer mit sich bringt, nicht zufriedengeben, überzeugt – als dogmatische Begründung der Abweichung vom Wortlaut von WEG 6 I – die Annahme einer unechten Lücke am ehesten: Danach hätte der Gesetzgeber bestimmte Tatsachen (nämlich die Sonderstellung der übrigen Wohnungseigentümer) verkannt, weshalb unter legislativpolitischen und realistischen Gesichtspunkten Lehre und Rechtsprechung eine gebotsberichtigende Funktion erhalten[77,78]. Diese Auslegung wird aber dann problematisch, wenn die Verfügung so erheblich ist, dass Interessen der Grundpfandgläubiger tangiert werden könnten. Es hätte sich deshalb wohl als sinnvoll erwiesen, sich des Problems von WEG 6 anlässlich der bevorstehenden Revision des WEG eingehender anzunehmen. Dabei wären Abgrenzungskriterien für die Nichtdurchführung des Quotenänderungsverfahrens zu suchen gewesen, die sich im Hinblick auf die Grundbuch- und Notariatspraxis durch eine möglichst hohe Praktikabilität auszeichnen würden[79].

d) Die Frage des Quotenberichtigungsanspruchs (vgl. ZGB 712e II) stellt sich bei genauerer Betrachtung in diesem Fall kaum[80], und zwar aus folgenden Gründen:

73 Soergel/Baur, § 6, N 3; Weitnauer/Wirths, § 6, N 2a; a.A. wohl Friedrich, SJK 1305, 13 (wenn auch etwas unklar).

74 Zugleich würde allenfalls ein Verstoss gegen das Pfandschmälerungsverbot vorliegen (ZGB 808; BGB 1133–1135).

75 Rey, 135; a.A. wohl Friedrich, § 3, N 8; unklar Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 10 f.

76 Es ist immerhin einschränkend zu bemerken, dass das Bundesgericht im allgemeinen relativ zurückhaltend ist mit der Anerkennung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Zusammenhang mit sachenrechtlichen Instituten (vgl. BGE 103 II 237 betr. Belastung eines Objekts des Verwaltungsvermögens mit einem Bauhandwerkerpfandrecht).

77 Vgl. Meier-Hayoz, Einleitung, Art. 1, N 295 ff.

78 Tasche, DNotZ 1972, 715 nimmt eine echte Lücke an; m.E. hat aber der Gesetzgeber nicht das Problem einfach überhaupt nicht gesehen, sondern die Bedeutung des Status der bisherigen Wohnungseigentümer verkannt.

79 Es ist insbesondere daran zu denken, dass die Nichtberücksichtigung minimster Veränderungen der Miteigentumsanteile dazu beitragen würde, eine allzu grosse Aufsplitterung der Wertquoten zu vermeiden.

80 Ungenau Friedrich, § 3, N 6.

- Entweder bedarf die Abtrennung und Übertragung von Sonderrechtsräumen einer Quotenänderung und eine dieses Erfordernis nicht beachtende Vereinbarung ist nichtig (unmöglicher Inhalt)[81], weshalb ein allfällig bereits erfolgter Grundbucheintrag mit der Berichtigungsklage (ZGB 977, GBV 98 ff) wieder zu löschen ist,
- oder es bedarf keiner Quotenänderung, womit einem Berichtigungsanspruch der Boden entzogen ist.

e) Wird ein Teil des Miteigentumsanteils veräussert und muss deshalb die ursprüngliche Wertquote quantitativ aufgespalten werden, lassen sich sowohl der Zähler wie der Nenner ändern; im schweizerischen Recht hat dabei auch nach der Änderung im Zähler eine ganze Zahl und im Nenner eine durch 10 teilbare Zahl vorzuliegen[82]. Falls die bisherigen Wertquoten alle den gleichen Nenner aufwiesen, erscheint es jedoch wenig sinnvoll, diesen zu verändern, weil dadurch z.B. die Kostenverteilung und unter Umständen auch die Stimmkraftsbemessung erhebliche arithmetische Komplizierungen erfahren.

f) Probleme können weiter dann entstehen, wenn die zu teilende Stockwerkeinheit dinglich belastet ist. Jedenfalls bei einer Verkleinerung wird das Einverständnis der Inhaber beschränkter dinglicher Rechte (insbesondere der Pfandgläubiger wegen des Haftungssubstrates) nötig sein[83]. Hingegen erscheint sie bei einer Vergrösserung, sofern mit ihr nicht rechtsbeeinträchtigende Nebenwirkungen verbunden sind[84], als überflüssig, zumal später hinzutretende Inhaber beschränkter dinglicher Rechte im Rang nachfolgen; wird also die Rechtsstellung z.B. des Pfandgläubigers eher gestärkt, jedenfalls aber nicht geschwächt, ist ein Mitbestimmungsrecht nicht zu rechtfertigen.

6. Die Teilveräusserung der Stockwerkeinheit an einen Dritten

Soll ein Teil einer Stockwerkeinheit an einen Dritten veräussert werden, ist ihm wegen der subjektiv-dinglichen Verknüpfung von Sonderrecht und Miteigentumsanteil auch ein solcher einzuräumen, womit er Mitglied der Gemeinschaft wird. Ist deshalb in jedem Fall eine Wertquotenänderung nötig?

Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine organische Betrachtung des Vorgangs der Teilveräusserung. Eine solche ist nämlich nur möglich, wenn der Erwerber eine abgeschlossene Einheit mit eigenem Zugang erhält[85]. Eine Raumverschiebung oder ein Raumtausch fällt deshalb ausser Betracht. So verbleibt nur die Möglichkeit, dass der bisherige (und weitere) Stockwerkeigentümer einen Teil seiner Einheit aus-

81 Der Berichtigungsanspruch ist vorgesehen für Fälle, in denen die Wertquotenverteilung unrichtig "geworden" ist, nicht unrichtig "gemacht" wurde; die direkt Beteiligten können ohnehin nicht zu einer Vereinbarung gezwungen werden; ist der Versammlungsbeschluss nicht einstimmig erfolgt, ist dessen Anfechtung dem Berichtigungsanspruch vorzuziehen (eingehender hinten § 9 III C 3).

82 Vorne § 9 II C 1 b.

83 Soergel/Baur, § 6, N 3; Weitnauer/Wirths, § 6, N 2a; a.A. wohl Friedrich, SJK 1305, 13 (wenn auch etwas unklar).

84 Z.B. bei einer Vereinheitlichung der Rangverhältnisse, die für den Betroffenen materiell eine Verschlechterung bringt.

85 Vorne § 8 II und III.

scheidet und sie als neue – abgeschlossene – Einheit veräussert. Dieser Vorgang bedeutet aber nichts anderes als eine vorgängige Teilung der eigenen Einheit; eine solche ist jedoch nach der nun überwiegenden Rechtsprechung und Lehre ohne Quotenänderungsverfahren zulässig[86]. Der Begriff "Teilveräusserung" ist deshalb insoweit eng zu verstehen, als nicht die Abspaltung eines beliebigen Stückes von der Eigentumswohnung zulässig ist, sondern nur einer den allgemeinen Anforderungen selbständig entsprechenden Einheit. Wie bereits dargelegt[87], geniessen die übrigen Stockwerkeigentümer insoweit einen Schutz, als ihre bisherige Stellung durch die Vervielfältigung der Rechtsausübungsmöglichkeiten und die Aufteilung der mitgliedschaftlichen Befugnisse nicht über das bisherige Ausmass hinaus beeinträchtigt werden darf.

Als adäquates Schutzmittel gegen den Eintritt neuer Mitglieder in die Gemeinschaft hat das Gesetz das Einsprache- bzw. Zustimmungsrecht von ZGB 712c II/ WEG 12 vorgesehen. Zwar gibt der wichtige Grund nicht völlig umfassende Abwehrmöglichkeiten[88]; sofern jedoch die Stockwerkeigentümergemeinschaft bewusst auf einen kleinen Bestand, der mit einer starken persönlichen Verbindung unter den Beteiligten rechnet, ausgerichtet ist, erscheint es durchaus als zulässig, die "Teilveräusserung" gestützt darauf abzulehnen.

7. Die Teilveräusserung einer Stockwerkeinheit an die Stockwerkeigentümergemeinschaft oder an alle Stockwerkeigentümer

a) Die Stockwerkeigentümergemeinschaft als Beteiligte (Schweiz)

Auf Grund ihrer im Innenverhältnis körperschaftlichen Struktur ist die Stockwerkeigentümergemeinschaft im Bereich ihrer Verwaltungstätigkeit[89] vermögensfähig und kann dabei auch eine Einheit erwerben[90]. Der von der Gemeinschaft wegen der subjektiv-dinglichen Verknüpfung von Sonderrecht und Miteigentumsanteil notwendigerweise erworbene Anteil ist auf ihren Namen im Grundbuch einzutragen.

Mit der Veräusserung des Miteigentumsanteils geht eine Wertquotenänderung einher. Wie äussert sich dies nun, wenn die Stockwerkeigentümergemeinschaft Beteiligte ist?

Das Besondere an diesem Fall liegt darin, dass in der gleichen Person ein "merkwürdiges" Nebeneinander von schuldrechtlicher Verpflichtungsmöglichkeit und dinglicher Verfügungsmacht entsteht, und zwar aus folgenden Gründen: Beim Kauf bzw. Tausch einer Raumeinheit (z.B. ein Büroraum für den Verwalter) handelt es sich um einen obligatorischen Vertrag, zu dessen Abschluss die Gemeinschaft zuständig ist; je nach der Tragweite des Vertrages stellt die Verpflichtung eine ge-

86 Vorgehend Ziff. 3 a.
87 Vorgehend Ziff. 3 b.
88 Hinten § 34 IV A.
89 Weber, SJZ 1979, 117 ff (anders im deutschen Recht: vgl. § 4, Anm. 32).
90 Zum Sonderfall der Ersteigerung eines Anteils in der Zwangsverwertung Friedrich, § 22, N 17; Ottiker, 233, 246.

wöhnliche (ordnungsmässige) oder wichtigere (besondere Aufwendung) Verwaltungshandlung dar (ZGB 647a, 647b; WEG 21, 22 I). Mit Ausnahme von WEG 22 I 1 genügt also immer ein Mehrheitsbeschluss; kommt ein solcher Mehrheitsbeschluss zustande, lässt sich der Vertrag abschliessen und bindet auch die überstimmte Minderheit. Darf nun der dingliche Verfügungsakt abgewickelt werden? Die Frage ist zu verneinen. Wie bereits mehrfach betont, bringt die Verfügung über ein Sonderrecht auch eine solche über den Miteigentumsanteil und damit eine Wertquotenänderung mit sich; dabei verlangen ZGB 712e II und WEG 6 I die Zustimmung der direkt Beteiligten; dieses Erfordernis ist in der Diskussion nicht umstritten, denn es geht dort lediglich um die Frage, ob auch nicht unmittelbar Betroffene ihre Zustimmung geben können sollten (in der Schweiz wird dabei ein einfacher Mehrheitsbeschluss, in Deutschland eine einstimmige Vereinbarung verlangt). Bei Änderungen an gemeinschaftlichen Teilen ist nun aber jeder Stockwerkeigentümer "beteiligt", weil proportional über seinen Miteigentumsanteil mitverfügt wird. Die Problematik liegt deshalb nicht im formellen Quotenänderungsverfahren als solchem, sondern in der Tatsache, dass alle Stockwerkeigentümer direkt betroffen sind!

An dieser Rechtslage ist m.E. grundsätzlich festzuhalten, auch wenn die Zustimmung aller in gewissen Fällen unpraktikabel und wirtschaftlich kaum gerechtfertigt ist. Ein gemeinschaftlicher Teil steht dem Mitgebrauch aller offen; sie üben den seiner Natur nach nicht in ideelle oder reale Bruchteile aufteilbaren Mitbesitz aus, der zu Lasten einzelner Eigentümer nicht beschränkbar ist; soll also ein Raum angekauft, verkauft oder eingetauscht werden, ist die Mitberechtigung jedes einzelnen daran betroffen[91].

Demgemäss eröffnet sich die Situation, dass die schuldrechtliche Verpflichtungsmöglichkeit weiter geht als die dingliche Verfügungsmacht. Um sich vor einer allfälligen Ersatzpflicht zu schützen, weil die dingliche Verwirklichung des Vertrages wegen des Widerspruchs eines einzelnen nicht möglich ist, nimmt die Gemeinschaft mit Vorteil einen Zustimmungsvorbehalt in den Vertrag auf.

Offen bleibt jedoch die Frage, ob ein Stockwerkeigentümer – mit einem minimen Miteigentumsanteil – die Gemeinschaft in ihrer Verfügungsmacht lähmen können soll. Der Weg über eine restriktive Auslegung von ZGB 712e II bzw. WEG 6 I[92] ist nicht begehbar, weil nicht damit argumentiert werden kann, die Rechtsstellung "der anderen" Stockwerkeigentümer werde nicht tangiert. Es kann sich deshalb nur fragen, ob es zulässig ist, einen Zwang auf die Willenskundgebung eines einzelnen auszuüben.

Vor allem in zwei Fällen dürfte es in der Praxis naheliegen, die Zustimmung jedes Stockwerkeigentümers erzwingen zu wollen:

- Die Gemeinschaft und ein einzelner beabsichtigen, einen Raum zu tauschen, weil die neue Raumverteilung der einen oder andern Seite wesentlich mehr dient, wobei die beiden Räume quantitativ und qualitativ etwa gleichwertig sind.
- Die Gemeinschaft, die bereits zu Sonderrecht ausgeschiedene Teile innehat, will von einem Stockwerkeigentümer einen kleinen Raum erwerben, wobei der damit

91 Vgl. Friedrich, § 5, N 16 f; BayObLG, 9.10.1973, NJW 1974, 152 f; Soergel/Baur, § 6, N 4; Weitnauer/Wirths, § 6, N 2a (a.E., wenn auch nicht ganz eindeutig).

92 Vorgehend Ziff. 5.

verbundene Miteigentumsanteil sehr minim ist; bei diesem Fall liegt die Besonderheit vor, dass der Mitgebrauch aller an der gemeinschaftlichen Sache nicht eingeschränkt wird, sondern sich "lediglich" das gemeinschaftliche Vermögen verringert (wie bei anderen durch die Mehrheit zu beschliessenden Verwaltungshandlungen ebenfalls) und der Miteigentumsanteil des einzelnen und damit seine Kostentragungspflicht unter Umständen herabzusetzen ist (weil die Wertquotenverteilung und der Wert des Sonderrechts aber nicht übereinzustimmen brauchen, können die Stockwerkeigentümer immerhin einstimmig beschliessen, trotz des Erwerbs eines Raumes bleibe es bei der alten Verteilung).

Stimmt ein Stockwerkeigentümer einem solchen Raumerwerb nicht zu, ist er, wie dargetan, grundsätzlich nicht durchführbar. Eine Möglichkeit, Zwang auf ihn auszuüben, muss aber m.E. nicht unbedingt verneint werden; es sollte deshalb dann zulässig sein, den Richter anzugehen, wenn das Verhalten des einzelnen rechtsmissbräuchlich erscheint[93]. Der Stockwerkeigentümer hat zwar gegenüber der Gemeinschaft keine eigentliche Treuepflicht, wohl aber verpflichten ihn Treu und Glauben zu einem gemeinschaftsadäquaten Verhalten: Von zu einer Gemeinschaft nähergerückten Rechtssubjekten darf erwartet werden, dass sie sich der Verwirklichung derer Ziele nicht entgegenstellen. Soll der Richter aber nicht Geschäftsführung betreiben, muss seine Kognition relativ eng begrenzt sein: Nur wenn die Verweigerung der Zustimmung als offensichtlich unhaltbar erscheint, ist sein Eingreifen berechtigt, nicht schon, wenn sie kaum als besonders opportun zu bewerten ist.

b) Alle Stockwerkeigentümer als Beteiligte

Liegt die Zweckbestimmung des Raumes, den die Gemeinschaft eigentlich erwerben möchte, ausserhalb der gemeinschaftlichen Verwaltungstätigkeit, ist ein Erwerb unter dem Gemeinschaftsnamen unmöglich; vielmehr haben die interessierten Stockwerkeigentümer ein spezielles Gemeinschaftsverhältnis zu bilden.

aa) Den Beteiligten steht die Möglichkeit offen, im Hinblick auf die zu erwerbende Raumeinheit eine einfache Gesellschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) zu gründen. Diese Rechtsform bringt jedoch den Nachteil mit sich, dass sich bei einem späteren Wechsel des Mitgliederbestandes unter Umständen Probleme ergeben könnten[94].

Beim Erwerb oder Tausch einer Raumeinheit durch eine solche einfache Gesellschaft gelten, sofern ihr nur Stockwerkeigentümer angehören, dieselben Grundsätze für das Quotenänderungsverfahren wie beim Erwerb durch die Stockwerkeigentümergemeinschaft[95].

bb) Die Stockwerkeigentümer können die Einheit aber auch – unter erneuter Quotenbildung – als Miteigentümer erwerben[96]. Die neugeschaffenen "Unter"-

93 Friedrich, ZBGR 1973, 140 stellt diese Frage beiläufig, ohne aber auf sie einzutreten; vgl. auch Johannes Bärmann, Minderheitenschutz bei Änderung der Miteigentumsordnung durch Mehrheitsbeschlüsse, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 37, 58.

94 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 8, N 70 ff (sowie § 9, N 69 betr. Kollektivgesellschaft).

95 Vorgehend a.

96 Rey, 138 f mit Verweisen. Weitnauer/Wirths, § 3, N 36 mit Verweisen.

Anteile lassen sich subjektiv-dinglich mit den bestehenden Anteilen verbinden[97]; dadurch erhält die Gemeinschaft Dauercharakter (Ausschliessung des Aufhebungsanspruches: vgl. ZGB 650 I) und zugleich wird eine durchgehende gemeinschaftliche Nutzung ermöglicht[98]. Die subjektiv-dingliche Verknüpfung bringt es weiter mit sich, dass die Anteile zu "unselbständigem Miteigentum" werden[99], das sich nicht mehr selbständig, sondern nur zusammen mit dem Stockwerkeigentumsanteil veräussern lässt; ebenso geht dieser "Unter"-Miteigentumsanteil automatisch auf den Rechtsnachfolger beim Verkauf der Stockwerkeinheit über[100].

Ein solches Vorgehen ist zwar juristisch-technisch relativ kompliziert, doch entspricht es meist den wirtschaftlich motivierten Interessen der Beteiligten[101]. Hinsichtlich des Quotenänderungsverfahrens gilt das für die Stockwerkeigentümergemeinschaft Gesagte[102].

c) Der Sonderfall der vertraglichen Aufhebung des Sonderrechts an einer Stockwerkeinheit

Sonderrecht und Miteigentumsanteil sind subjektiv-dinglich miteinander verknüpft[103]. Es kann sich nun fragen, ob diese Verbindung auflösbar und dann das Sonderrecht aufhebbar ist, wenn die Stockwerkeigentümer eine bestimmte Einheit unter sich zu Miteigentum aufteilen.

Mit diesem Verfahren befasst sich (nebst einem konkreten Vertragsgestaltungsvorschlag) Diester[104]: Nach ihm ist die Umwandlung von Sondereigentum in gemeinschaftliches Eigentum möglich, wobei formell die fragliche Raumeinheit an alle Wohnungseigentümer zu verkaufen ist, mit der Folge, dass jeder Erwerber einen der Grösse seiner Quote entsprechenden Anteil erhält; durch Vereinbarung sind das Sondereigentum aufzuheben und die bisherigen Miteigentumsanteile zu ändern.

Auch nach unbestrittener schweizerischer Lehre besteht die Möglichkeit, durch Vereinbarung der Beteiligten die subjektiv-dingliche Verbindung zwischen Sonderrecht und Miteigentumsanteil aufzulösen (womit das Sonderrecht automatisch aufgehoben ist, weil es alleine keine Existenzberechtigung hat[105]); am gemeinschaftlichen Rechtsobjekt besteht in der Folge nur noch schlichtes Miteigentum[106].

97 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 646, N 9 und 36.
98 Im Reglement lässt sich die Nutzung auch mit Wirkung für die Sonderrechtsnachfolger regeln; sind die Anordnungen zu detailliert, werden sie mit Vorteil der Hausordnung vorbehalten.
99 Peter Liver, Die Anmerkung, ZBGR 1969, 15 f; Meinungsäusserungen des Grundbuchinspektors (8.10.1974), Berner Notar 1975, 67 f.
100 Vgl. Rey, 139.
101 Eingehend wird die Gemeinschaftsbildung bzw. Gesellschaftsgründung unter den Stockwerkeigentümern hinten § 11 II A 1 d im Hinblick auf die Zurverfügungstellung von Autoabstellplätzen nochmals dargestellt.
102 Vorgehend a.
103 Vorne § 9 III B 1.
104 Diester, Rechtsfragen, N 145 ff.
105 Vorne § 9 III B 1.
106 Rey, 139 ff; vgl. auch Friedrich, § 53, N 2 und SJK 1302, 14.

Entsprechend lässt sich das Sonderrecht an einem einzelnen Miteigentumsanteil aufheben; dadurch erlöscht das exklusive Nutzungsrecht. Der "frei" gewordene Miteigentumsanteil kommt proportional den Stockwerkeigentümern zu: Sie haben nun aber nicht zwei Miteigentumsanteile inne (einen mit und einen ohne Sonderrecht), sondern mit der Aufhebung des Sonderrechts wird die durch den mit einem Sonderrecht verbundenen Miteigentumsanteil vermittelte Rechtsposition hinsichtlich des gemeinschaftlichen Rechtsobjektes verfestigt, konsolidiert. "Diese Verstärkung der Rechtsposition der einzelnen Stockwerkeigentümer ist durch eine Quotenkorrektur äusserlich sichtbar zu machen"[107]. Man kann dabei auch von einer "Anwachsung"[108] oder "Verschmelzung"[109] sprechen, denn die Wertquote der angekauften Stockwerkeinheit wird entsprechend der vertraglichen Regelung geteilt und auf die bisherigen Wertquoten aufgestockt. Diese formelle Mehrberechtigung bzw. Mehrbelastung entspricht auch wirtschaftlich der zusätzlichen Benutzungsmöglichkeit.

Wird das Sonderrecht an einer Stockwerkeinheit aufgehoben, erwerben die folgende Miteigentümerberechtigung alle Stockwerkeigentümer; sie kann also nicht auf einzelne beschränkt werden[110]. Ebenso hat der Erwerb ausschliesslich zu Miteigentum zu erfolgen, weil nur eine umfangmässige Erweiterung der bestehenden Miteigentumsanteile in Frage kommt[111].

d) Der Sonderfall des Verzichts auf eine Stockwerkeinheit

Dem Stockwerkeigentümer steht es frei, auf seinen Miteigentumsanteil und deshalb zugleich auf das damit verknüpfte Sonderrecht zu verzichten[112]. Die Einheit wird in diesem Fall der dauernden gemeinschaftlichen Nutzung durch die Stockwerkeigentümergemeinschaft zugeführt. Als praktische Möglichkeiten kommen in Frage[113]:

- Ein Stockwerkeigentümer verzichtet auf seine ganze Einheit und scheidet damit aus der Gemeinschaft aus.
- Ein Stockwerkeigentümer teilt seine Einheit (unter entsprechender Spaltung des Miteigentumsanteils) und verzichtet hierauf auf die eine der beiden neu entstandenen Raumeinheiten; wegen der ihm verbleibenden Eigentumswohnung ist er weiterhin Mitglied der Gemeinschaft.

Die Verzichtserklärung ist ein einseitiges Verfügungsgeschäft: Der Betreffende löst damit aber nicht nur seine "Verbindung" mit dem Miteigentumsanteil, sondern ebenso die subjektiv-dingliche Verknüpfung zwischen dem Miteigentumsanteil und

107 Rey, 141.
108 Diester, Rechtsfragen, N 147.
109 Erman/Ronke, § 1008, N 4.
110 Wenn nur einige Stockwerkeigentümer interessiert sind, bleibt nur die Möglichkeit, eine Miteigentümergemeinschaft an der Einheit zu bilden (vorgehend b, bb).
111 Rey, 141.
112 Eingehend zur Frage, dass es sich um einen Verzicht und nicht um eine Dereliktion handle: Liver, Verzicht, 353 ff.
113 Rey, 142.

dem Sonderrecht. Die aus der verselbständigten Rechtsposition verbleibenden Rechte und Pflichten des schlichten Miteigentumsanteils kommen nun den anderen Stockwerkeigentümern zu (auch dem teilweise Ausscheidenden, wenn er zuvor seine Einheit geteilt hat), und zwar werden ihre jeweiligen Anteile zufolge Akkreszenz[114] entsprechend ihrer bisherigen Berechtigung vergrössert.

C Die formellen Anforderungen der Quotenänderung

1. Das schweizerische Recht

a) Die Zustimmung der direkt Beteiligten

Eine Abänderung der Wertquoten bedarf nach ZGB 712e II der Zustimmung aller direkt Beteiligten, somit einer übereinstimmenden Willensäusserung: Nur eine Mehrheit des beschränkten Kreises von Betroffenen reicht nicht aus[115] (dennoch ist die Verwendung des Begriffes "Vereinbarung" problematisch[116]).

Als direkt betroffen erscheinen all jene Stockwerkeigentümer, die durch die beabsichtigte Wertquotenänderung (und damit Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse) in ihrer Rechtsposition unmittelbar betroffen sind: Erfasst wird dabei nicht nur der Fall der Minderberechtigung ohne gleichzeitige Minderbelastung, sondern auch eine Mehrbelastung ohne gleichzeitige Mehrberechtigung. Eine solche gleichmässige Verschiebung kann aber m.E. im Rahmen der Wertquotenänderung kaum eintreten, weil sich diese nicht auf die interne Rechtsstellung (z.B. Erhöhung der Stimmkraft und Erhöhung der Kostentragungspflicht) bezieht, sondern auf das sachenrechtliche Beteiligungsverhältnis[117]. Unklar ist, ob die Inhaber beschränkter dinglicher Rechte zu den direkt Betroffenen gehören; diese Frage scheint der Gesetzgeber übersehen zu haben; Stellung und Wortlaut von ZGB 712e II lassen zwar eher als wahrscheinlich erscheinen, dass nur an die Stockwerkeigentümer gedacht worden ist[118]; materiell sind aber der Grundpfandgläubiger wegen des Haftungssubstrates und z.B. ein Nutzniesser oder Wohnberechtigter wegen einer möglichen Benützungseinschränkung von der Abänderung unter Um-

114 Der Grundsatz der Akkreszenz ist heute allgemein anerkannt (Obergericht Solothurn, 14.6.1977, SJZ 1978, 315 mit Hinweisen auf die neuere Literatur; noch offengelassen ist die Frage in einem Entscheid des Bundesgerichts, 2.7.1943, BGE 69 II 228 ff und in einem Verwaltungsentscheid des Eidgenössischen Grundbuchamtes vom 19.2.1933, SJZ 1935/36, 154). Hingegen ist unklar, wie die Akkreszenz vor sich geht: Nach Liver (Verzicht, 372) und Ottiker (155) kommt der aufgegebene Miteigentumsanteil den verbleibenden Berechtigten nur proportional zu ihren Anteilen zu; demgegenüber ist wohl die Lösung vorzuziehen, wonach der aufgegebene Anteil in den übrigen Anteilen aufgeht und sie dementsprechend vergrössert (vgl. Rey, 142).

115 BBl 1962 II 1516; Friedrich, § 2, N 19.

116 Der Begriff "Vereinbarung" ist verwechslungsgefährdet, weil er gewöhnlich für den Bereich der Gemeinschaftsordnung verwendet wird.

117 Eine gleichzeitige Verkleinerung und Vergrösserung der Wertquoten ist nicht möglich.

118 So F. Schmid, 100, Anm. 74; für die Zustimmung der Anteilspfandgläubiger demgegenüber Ottiker, 152 ff.

ständen erheblich betroffen; es drängt sich deshalb m.E. eine extensive Auslegung von ZGB 712e II bzw. allenfalls die Annahme einer echten Lücke auf (im Sinne der notwendigen Zustimmung der direkt betroffenen Inhaber beschränkter dinglicher Rechte).

Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten bestehen kaum: Die Zustimmung aller direkt Beteiligten ist zwingender Natur und lässt sich demgemäss weder im Begründungsakt noch im Reglement wegbedingen[119]. Der Kreis der Betroffenen ist ebenfalls gesetzlich umschrieben; zur Verdeutlichung lässt sich aber ausdrücklich festhalten, dass die Inhaber beschränkter dinglicher Rechte ebenfalls dazugehören.

Die Zustimmungserklärungen sind öffentlich zu beurkunden: Es handelt sich um ein durch die Quotenänderung vermitteltes, eigentumsübertragendes Rechtsgeschäft[120].

b) Der Genehmigungsbeschluss der Stockwerkeigentümerversammlung

Das Gesetz sieht weiter die Genehmigung der Quotenänderung durch einen Versammlungsbeschluss vor. Begründet wird dies damit, dass dadurch die Interessen aller (nicht nur der unmittelbar beteiligten) Stockwerkeigentümer tangiert werden könnten[121], also unabhängig davon, wieviele überhaupt betroffen sind. Der Versammlungsbeschluss kommt mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen zustande.

Ob dieser Versammlungsentscheid tatsächlich in jedem Fall gerechtfertigt ist, erscheint zumindest als zweifelhaft: Bei einem etwa gleichwertigen Raumtausch, einem bescheidenen Verkauf oder einer geringen Verschiebung einer Trennwand zwischen zwei Einheiten dürfte an sich kaum ein ausreichendes Interesse der Gemeinschaft an einer Mitbestimmung vorliegen. Verweigert nun die Versammlung – ohne ersichtlichen Grund – die Zustimmung, müsste der Betroffene den entsprechenden Entscheid wegen Rechtsmissbrauchs anfechten; denkbar wäre allenfalls die Durchführung eines Berichtigungsverfahrens. Nachdem nun aber de lege lata die Vorschrift gegeben ist, liesse sich nur noch fragen, ob die Genehmigung der Quotenänderung durch die Gemeinschaft wegbedungen werden könne. Bejaht wird dies – ohne Begründung – von Friedrich[122]; immerhin würde eine solche Auffassung in einem nicht übersehbaren Widerspruch zu den die Bedeutung des Versammlungsbeschlusses betonenden Ausführungen der bundesrätlichen Botschaft stehen[123]. Es erscheint deshalb zumindest als ungewiss, ob die Gerichte der mehr wirtschaftlich-opportunistisch denn textformal begründeten Wegbedingung des Versammlungsbeschlusses Folge leisten würden. Zur Vermeidung einer Störung des bisherigen Gleichgewichts in der Gemeinschaft bedarf es zwar nicht eines Mitbestimmungsrechts bei der Quotenabänderung, sondern es lässt sich vertraglich das Zustimmungs-

119 Friedrich, § 3, N 13.
120 Meier-Hayoz, Art. 656, N 18; Friedrich, § 3, N 7.
121 BBl 1962 II 1516.
122 Friedrich, § 3, N 13.
123 BBl 1962 II 1516.

recht auch für Teilveräusserungen unter Stockwerkeigentümern vorsehen (ZGB 712c II)[124].

Der Genehmigungsbeschluss der Versammlung ist auf dem Grundbuchamt durch einen beglaubigten Protokollauszug nachzuweisen[125].

2. Das deutsche Recht

Im deutschen Recht ist für eine Abänderung der Teilungserklärung und mithin zwingend – keiner vertraglichen Modifizierung unterliegend – die Zustimmung aller Wohnungseigentümer notwendig. In verschiedenen konkreten Quotenänderungsfällen ist diese Rechtslage sachlich zwar nur wenig gerechtfertigt; im einzelnen ist dabei zu prüfen, inwieweit durch eine restriktive Auslegung von WEG 6 auf die Zustimmung verzichtet werden kann[126].

3. Der Berichtigungsanspruch im besonderen

Das schweizerische Recht gibt jedem Stockwerkeigentümer einen unentziehbaren Anspruch[127] auf eine Wertquotenberichtigung, "wenn seine Quote aus Irrtum unrichtig festgesetzt wurde oder infolge von baulichen Veränderungen des Gebäudes oder seiner Umgebung unrichtig geworden ist" (ZGB 712e II). Dieser Anspruch ist aber nicht so umfassend, dass sich der einzelne in jeder beliebigen Situation auf ihn berufen könnte. Der Fall des Irrtums zielt insbesondere auf unrichtige Bewertungsmassstäbe ab; bei den baulichen Veränderungen des Gebäudes sowie der Umgebung muss es sich m.E. um Faktoren handeln, auf welche die Stockwerkeigentümer selber keinen Einfluss haben (z.B. Erstellung zu vieler Eigentumswohnungen durch den Bauträger oder Wegnahme des Sonnenlichts durch einen Nachbarbau). In diesem Umfang ist auch in Deutschland ein Berichtigungsanspruch gegeben: Die nachträgliche Änderung kann von dem durch eine unrichtige Bestimmung der Quoten benachteiligten Wohnungseigentümer verlangt werden, wenn deren Festlegung auf unzutreffenden Bewertungsgrundlagen beruhte oder das Festhalten hieran gegen Treu und Glauben verstossen würde[128].

Hingegen ist auf Grund des Gesetzeswortlautes fraglich, ob der Berichtigungsanspruch auch dann gegeben ist, wenn sich eine durch die Vereinbarung der unmittelbar Betroffenen[129] "intern" beabsichtigte Wertquotenverteilung mangels der Genehmigung der Versammlung nicht realisieren lässt. Eine solche über den gesetz-

124 Vgl. eingehender hinten § 34 III (in Deutschland ist diese Frage umstritten).
125 Friedrich, § 3, N 12.
126 Vorne § 9 III B 5.
127 Friedrich, § 3, N 13.
128 Weitnauer/Wirths, § 3, N 28a.
129 Solange die Zustimmung aller direkt Beteiligten nicht zustande gekommen ist, lässt sich ohnehin nicht von einer Wertquotenänderung sprechen.

lichen Wortlaut hinausgehende Erweiterung des Berichtigungsanspruches begegnet nebst den textformalen nicht ungewichtigen materiellen Bedenken: Indem der Richter in die inneren Angelegenheiten der Gemeinschaft eindringen darf, soll die teilweise unbefriedigende gesetzliche Regelung korrigiert werden. Dies ist aber nicht Aufgabe eines kasuellen Berichtigungsanspruches. Die Gemeinschaft hat nun einmal das Genehmigungsrecht und es ist sinnvoller, dieses auf die Frage der rechtsmissbräuchlichen Ausübung hin zu überprüfen. Einzig dann, wenn ein Entscheid mangels Beschlussfähigkeit nicht zustande kommt, liesse sich m.E. die Durchführung des Berichtigungsverfahrens denken.

§ 10 Die Nutzungsordnung als Ersatzform

I Funktion und Einsatzmöglichkeiten der Nutzungsordnung

Bei der Nutzungsordnung handelt es sich materiell zwar um eine Frage der Regelungsart des internen Gemeinschaftsverhältnisses; es geht also um die Bestimmung des – alleinigen oder mehrheitlichen – Gebrauchs der gemeinschaftlichen Teile wie auch der zu Sonderrecht ausgeschiedenen Räume. Praktisch wird sich aber die Ausgestaltung der Nutzungsordnung in vielen Bereichen bereits im Zusammenhang mit der Ausscheidung der gemeinschaftlichen und zu Sonderrecht ausscheidbaren Teile stellen: Ist nämlich die (gewünschte) Begründung von Sonderrecht nicht möglich, stellt sich sofort die Frage der Ersatzformen in der Nutzungsordnung. Soweit dementsprechend die Gebrauchsregelung sich mit der Zuweisung der Nutzung an einen einzelnen befasst, besteht materiell ein Zusammenhang mit der sachenrechtlichen Zuordnung der Räume[1]. Aus diesem Grund wird im folgenden ein kurzer Überblick über die Möglichkeiten der Nutzungsregelungen gegeben, welche die Ausscheidung zu Sonderrecht ergänzen können[2].

Hauptsächlichstes Objekt für die Einräumung der Nutzungsrechte sind die gemeinschaftlichen Teile; bei diesen hat die Einräumung von Individualrechten eine besondere Bedeutung, v.a. wenn die Gemeinschaft keine Sonderrechte ausscheiden kann oder will. Die Nutzungsordnung kann aber auch die Sonderrechtsräume betreffen: Werden daran anderen Stockwerkeigentümern Nutzungsrechte eingeräumt, lassen sich deren Einheiten unter Umständen in der Gebrauchsfähigkeit und im Wert steigern.

1 Ein erster Überblick folgt deshalb – trotz der unterschiedlichen dogmatischen Basis – bereits in diesem Zusammenhang; allgemein zur Gebrauchsregelung hinten § 12 IV.

2 In diesem Zusammenhang wird nur ein knapper Überblick gegeben; eingehender werden die Möglichkeiten und Probleme der Nutzungsordnung anhand des praktischen Beispiels der Autoabstellplätze im nächsten Paragraphen abgehandelt.

II Die Einräumung von Nutzungsrechten an den gemeinschaftlichen Teilen

A Sondernutzungsrechte

1. Bereits die Miteigentümergemeinschaft kann sich eine Nutzungsordnung geben, die für die Rechtsnachfolger (in Deutschland zwar nur bei einem entsprechenden Grundbucheintrag) verbindlich ist (ZGB 647, 649a; BGB 1010). Diese Möglichkeit wird bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft zu einem zentralen Element der Regelung des internen Verhältnisses. Im Rahmen dieser Nutzungsordnung lassen sich dabei dem einzelnen Sondernutzungsrechte an gemeinschaftlichen Gebäudeteilen einräumen; vorausgesetzt ist dafür in Deutschland die Einstimmigkeit, während in der Schweiz die qualifizierte Mehrheitsbeschlussfassung (ZGB 712g III) genügt[3]. Sondernutzungsrechte räumen den Anspruch auf exklusiven Gebrauch der betreffenden Liegenschaftsteile ein (mit dem Ausschliessungsrecht gegenüber Unberechtigten); diese Alleinbefugnisse sind dementsprechend bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen[4].

Bei den Sondernutzungsrechten handelt es sich nicht um eigentliche Belastungen; sie verbinden sachen- und schuldrechtliche Strukturelemente und gehören, einmal begründet, zum Inhalt des Sonderrechts. Deshalb können nur Gemeinschafter Inhaber von Sondernutzungsrechten sein, nicht aber Dritte. Immerhin wird man sie als dienstbarkeitsähnlich bezeichnen können[5]; wo sie nämlich in ihrer Funktion den Dienstbarkeiten nahekommen, finden die zu diesen beschränkten dinglichen Rechten entwickelten Grundsätze sinngemässe Anwendung. Dies gilt m.E. insbesondere für das Prinzip des "civiliter uti" (ZGB 737; BGB 1020)[6]: Es ist der Grundsatz der Proportionalität von Interessenverfolgung und Eingriffsintensität zu beachten.

Die Einräumung von Sondernutzungsrechten drängt sich insbesondere an den zwingend gemeinschaftlichen Grundstücksflächen auf (Autoabstellplatz[7], Gartenanteil[8]). Daneben kommen Räume in Frage, denen die Abgeschlossenheit fehlt (Dachterrasse[9], Garageneinstellplatz[10]). Schliesslich kann – v.a. in der Schweiz wegen der "Rücknahmemöglichkeit" der Sondernutzungsrechte mit einem qualifizierten Mehrheitsbeschluss (ZGB 712g III)[11] – auch bei sonderrechtsfähigen Räumen (z.B. Keller, Garagenboxe) die Erwägung der Gemeinschaft ausschlaggebend sein, sich die Möglichkeit der späteren Eigennutzung offenzuhalten.

2. Als ein besonderes Problem hat sich in der Praxis die Abänderung der Nutzungsordnung erwiesen, insbesondere die Übertragung eines Sondernutzungsrechts auf einen anderen Stockwerkeigentümer.

3 Eingehender hinten § 12 IV 4 und 5.
4 Vgl. Friedrich, § 2, N 11 und ZBGR 1973, 141.
5 Dazu Weitnauer/Wirths, § 10, N 15.
6 Im einzelnen zu diesem Prinzip Liver, Art. 737, N 43 ff.
7 Hinten § 11 II A 2 b.
8 Hinten § 14 III B 2.
9 Sofern man nicht ohnehin die Sonderrechtsfähigkeit anerkennt (vorne § 8 II C 4).
10 In Deutschland hat die Bedeutung der Sondernutzungsrechte an Garageneinstellplätzen abgenommen, denn seit 1973 lassen sich an markierten Abstellplätzen in Sammelgaragen Sondereigentumsrechte begründen.
11 Hinten § 12 IV 5.

a) Dogmatisch sicher unproblematisch ist die Aufhebung des Sondernutzungsrechts des einen Stockwerkeigentümers und die Einräumung eines solchen an einen anderen. Für beide Akte ist in der Schweiz die qualifizierte Mehrheit nötig; dieses Quorum hat meines Wissens in der Praxis noch nicht zu unüberwindlichen Schwierigkeiten geführt. Demgegenüber ist in Deutschland die Einstimmigkeit erforderlich[12]; die vorgeschlagene Revision des WEG wird zwar eine gewisse Erleichterung bringen, indem bereits drei Viertel der Gemeinschafter darüber befinden können, doch ist weiterhin jedenfalls die Zustimmung des Betroffenen erforderlich[13]. Die deutsche Rechtsprechung und Lehre haben deshalb nach Wegen gesucht, um das praktisch nicht leicht zu erreichende Einstimmigkeitsprinzip zu umgehen.

b) Die – erst vor kurzer Zeit aktuell gewordene – Frage, ob die Abtretung eines Sondernutzungsrechts der Zustimmung aller Wohnungseigentümer bedürfe, wird in der Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet; unbestritten ist nur, dass die Übertragung eines Sondernutzungsrechts an einen Dritten unzulässig ist[14].

Das OLG Hamburg hat am 5.12.1975 erstmals entschieden[15], die "isolierte" Übertragung eines Sondernutzungsrechts an einem Autoabstellplatz innerhalb der Wohnungseigentümergemeinschaft bedürfe nicht der Zustimmung aller Gemeinschafter. Das Gericht ist – ohne eine klare Rechtsgrundlage gefunden zu haben – davon ausgegangen, das Einstimmigkeitserfordernis sei praktisch nur schwer zu erreichen und die übrigen Wohnungseigentümer würden durch eine solche Übertragung nicht betroffen. Wenig später sind das LG Mannheim[16] und im Anschluss daran Weitnauer[17] zum gleichen Ergebnis gelangt: Sie gehen davon aus, dass es sich beim Sondernutzungsrecht nicht um ein dingliches Recht handle, ebensowenig aber – mit Ausnahme der Geltung für die Sonderrechtsnachfolger – um ein verdinglichtes Recht; vielmehr liege ein Anspruch schuldrechtlicher Natur im Rahmen der Gebrauchsregelung vor; auch wenn der Inhalt des Sondereigentums geändert werde, sei bei der Übertragung des Gebrauchsrechts nur der schuldrechtliche Anspruch gegen die anderen Wohnungseigentümer auf Überlassung des Gebrauchs betroffen. Trotz dieses Konstruktionsversuches stehen die praktischen Bedürfnisse im Vordergrund: Bei grösseren Gemeinschaften sei es praktisch undurchführbar, die Zustimmung aller Wohnungseigentümer zu erlangen und überdies würden die Sondernutzungsrechte wirtschaftlich auch "gekauft", weshalb eine gewisse Flexibilität gegeben sein müsse[18].

Diese Ansichten sind jedoch nicht unwidersprochen geblieben[19]: Es wird insbesondere geltend gemacht, die dem einzelnen eingeräumte Befugnis, einen bestimmten Teil des gemeinschaftlichen Eigentums ausschliesslich zu benützen, werde zum Inhalt des Sondereigentums (mit verdinglichter Wirkung) und es entstehe kein selbständiger, grundsätzlich als abtretbar auffassbarer Anspruch; weil es sich bei der Gebrauchsbefugnis um den Inhalt des Sondereigentums handle, führe die Zuordnung von Sondernutzungsrechten zu einer Änderung der Teilungserklärung (WEG 6). Die Übertragung lasse weiter die Interessen der Wohnungseigentümer nicht unbedingt unberührt, weil es ihnen unter Umständen nicht gleich sei, zu welchem Sondereigentum das Sondernutzungsrecht gehöre. Deshalb bedürfe eine Änderung der Rechtslage des Eingreifens des Gesetzgebers; zudem würden Zweckmässigkeitserwägungen im Zusammenhang mit dem formellen Grundbuchrecht regelmässig in den Hintergrund treten.

12 Eingehender hinten § 12 IV 4.
13 Hinten § 12 IV 4.
14 Vgl. auch Ertl, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Wohnungs- und Teileigentum, E 84.
15 OLG Hamburg, 5.12.1975, DNotZ 1976, 547 ff.
16 LG Mannheim, 19.5.1976, Rechtspfleger 1976, 317 f.
17 Weitnauer, Rechtspfleger 1976, 341 f (gl.M. Palandt/Bassenge, § 15, N 2a, im Gegensatz zur Zitierung bei Soergel/Baur, § 15, N 4 sowie Hauger, 130 f).
18 Vgl. insbesondere die Anmerkung von Rudolf Ertl zum Entscheid des BayObLG, 8.6.1977, DNotZ 1977, 670.
19 So insbesondere das BayObLG, 8.6.1977, DNotZ 1977, 667 ff; LG Hamburg, 24.7.1975, Rechtspfleger 1975, 366 f; Bärmann, Kurzkommentar, 33; Soergel/Baur, § 15, N 4.

Merle[20] und Noack[21] haben zwischen dem schuldrechtlichen und dem dinglichen Sondernutzungsrecht unterschieden, wobei nach beiden eine schuldrechtliche Abtretung formlos möglich ist (BGB 398), nach Noack aber (im Gegensatz zu Merle) die dingliche "Abtretung" der Zustimmung aller Wohnungseigentümer bedarf (entsprechend dem BayObLG). Merle anerkennt zwar (anders als Weitnauer), dass sich mit der Übertragung des Sondernutzungsrechts der Inhalt des Sondereigentums ändere, doch seien gemäss BGB 877, 873 nur die Einigung der direkt beteiligten Wohnungseigentümer und die Eintragung der Änderung im Wohnungsgrundbuch erforderlich, nicht die Zustimmung aller Gemeinschafter, weil das WEG keine diesbezügliche Spezialregelung aufstelle (WEG 6 verhindere nur die Übertragung auf Dritte). Wenn schon die freie Veräusserbarkeit nur durch WEG 12 einschränkbar sei, so gelte dies in erhöhtem Masse für die weniger weitgehende Übertragung von Sondernutzungsrechten an Mitgemeinschafter.

Das BayObLG hat die Frage der Veräusserlichkeit der Sondernutzungsrechte dem Bundesgerichtshof vorlegen müssen. Kürzlich hat nun dieser im Sinne der grundsätzlichen Abtretbarkeit unter den bisherigen Wohnungseigentümern entschieden[22]. Entgegen Weitnauer und dem LG Mannheim ist der BGH davon ausgegangen, dass es sich wegen der Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch nicht um einen lediglich schuldrechtlichen Anspruch handle, sondern er erlange – ohne ein selbständiges dingliches Recht zu sein – dingliche Wirkung. Auf Grund von BGB 877, 873 sei nur die Zustimmung der beiden durch die Änderung Betroffenen erforderlich (für das WEG gelte nichts anderes): "Denn in dem Ausschluss der eigenen Berechtigung liegt der das dingliche Recht der Betroffenen berührende Gehalt der Gebrauchsregelung, während die Zuordnung der Nutzungsbefugnis zu einem bestimmten Wohnungseigentum ohne unmittelbare Auswirkung auf die rechtliche Stellung der übrigen Wohnungseigentümer ist."

In Anlehnung an den BGH[23], das BayObLG, Merle und Noack ist m.E. davon auszugehen, dass es sich bei den Sondernutzungsrechten nicht um schuldrechtliche Ansprüche handelt: Vielmehr stellen sie ein vermögensrechtliches Element der Mitgliedschaft des Wohnungseigentümers dar. Dieses Element lässt sich – im Gegensatz etwa zu den personenrechtlichen – aus der Rechtsposition "Mitgliedschaft" herauslösen und insoweit verselbständigen, dass die Rechte und Pflichten auf einen anderen Gemeinschafter verschoben werden können[24]. Entscheidend bleibt somit die Frage, ob die verdinglichte Wirkung der Sondernutzungsrechte es mit sich bringt, dass alle Wohnungseigentümer als direkt betroffen erscheinen, ob also die am Übertragungsvorgang nicht unmittelbar Beteiligten eine Inhaltsänderung ihres Wohnungseigentums erleiden. Dabei überzeugt die Argumentation von Merle nicht, denn er vergleicht Unvergleichbares: Die Übertragung eines Sondernutzungsrechts auf einen Mitgemeinschafter ist nicht ein Minus in maiore der nur beschränkt verhinderbaren Veräusserung der Rechtsposition als Wohnungseigentümer im ganzen (die interne Änderung der Rechtszuständigkeit ist strukturell verschieden zu behandeln vom generell wirkenden "Ersatz" eines Beteiligten). Die Argumentation des BGH ist überraschend und etwas kühn, aber durchaus nicht sachwidrig: Es wird festgestellt, dass die Rechtszuständigkeit jedes einzelnen hinsichtlich fremder Sondernutzungsrechte lediglich durch das ausschliessende Moment umschrieben ist (nicht aber durch die Zuordnung des Nutzungsrechts zu einem bestimmten Wohnungseigentum), weshalb eine Änderung am Status der bestehenden Kompetenzausscheidung

20 Merle, Rechtspfleger 1978, 86 f.
21 Noack, Rechtspfleger 1976, 196 f.
22 BGH, 24.11.1978, Rechtspfleger 1979, 57 f.
23 Vgl. auch die Anmerkung von Rudolf Ertl zum Entscheid des BGH (DNotZ 1979, 171 ff).
24 Eine vollständige Verselbständigung findet nicht statt, sondern nur eine provisorische für den Übertragungsvorgang: Ein Sondernutzungsrecht ist deshalb auch nicht etwa mit einer Dienstbarkeit belastbar.

nichts ändere; die fremde Nutzungsbefugnis bleibt aus der Gesamtberechtigung herausgelöst. Der BGH stützt sich damit auf eine streng sachenrechtliche Betrachtungsweise ab; dagegen wird die personenrechtliche Komponente in den Hintergrund gedrängt (Zusammenwirken im gemeinschaftlichen Verband)[25]. Wollte man die Argumentation des BGH in diesem Punkt fundieren, wäre im einzelnen nachzuweisen, weshalb das Gemeinschaftsverhältnis unter den Wohnungseigentümern nicht so intensiv ist, dass eine Änderung in der Person des Nutzungsberechtigten schon zu einem Betroffensein in der mitgliedschaftlichen Rechtsstellung führt.

c) Die gleichen Erwägungen gelten auch für das schweizerische Recht; nur scheint die Übertragung in der Praxis noch keine grossen Schwierigkeiten mit sich gebracht zu haben, weil die qualifizierte Mehrheit von ZGB 712g III offenbar erreichbar ist (weshalb sich die Frage der Veräusserung nicht stellte). Immerhin ist zu beachten, dass die in der Schweiz bisher allgemein anerkannte Unveräusserlichkeit[26] der Sondernutzungsrechte auch beim erstmaligen Verkauf von Eigentumswohnungen gilt: Fehlt es noch an einem Reglement, kann der Bauträger nicht einfach Nutzungsrechte "verkaufen", sondern es lässt sich nur die obligatorische Verpflichtung des Verkäufers vorsehen, dem Käufer später das entsprechende Recht zuzuerkennen[27]; zur eigenen Absicherung dürfte sich der Verkäufer am besten die Mitwirkung jedes einzelnen beim Erlass des Regelements versprechen lassen mit der Auflage, dass die Zuteilung der Sondernutzungsrechte nach seinen Vorschlägen zu erfolgen habe[28].

B Dienstbarkeiten

Als Instrument der Nutzungsordnung hat der Gesetzgeber insbesondere die Möglichkeit der Einräumung von Sondernutzungsrechten im Rahmen der Gebrauchsregelung vorgesehen; bei ihnen handelt es sich um die adäquate Form innerhalb eines Gemeinschaftsverhältnisses. Es fragt sich aber, ob einer solchen Nutzungsordnung Ausschliesslichkeitscharakter zukommt.

Dieses Problem stellt sich insbesondere anhand der Dienstbarkeiten: Die grundsätzliche Belastbarkeit des Miteigentumsanteils steht ausser Frage (ZGB 655 II 4 i.V.m. ZGB 733; BGB 1009 I); wollte jedoch der Gesetzgeber diese Möglichkeit beim Stockwerkeigentum ausschliessen? Eine solche Folgerung muss m.E. abgelehnt werden[29]. Immerhin ist nicht zu übersehen, dass die Dienstbarkeiten in einem gewissen Widerspruch zur Konzeption der Nutzungsordnung stehen: Sie überlagern und konkurrieren diese, was zu einer Komplizierung der Rechtsverhältnisse führt, die der Gesetzgeber kaum gewünscht haben mag; in diesem Sinne kann man von

25 Die Argumentation des BGH, weshalb es auch unter Berücksichtigung der mitgliedschaftlichen Bindung auf die Person des Nutzungsberechtigten nicht ankommt, ist denn auch am wenigsten überzeugend.

26 Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 16.

27 Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 17.

28 Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 17.

29 Friedrich, § 2, N 11; Eggen, ZBGR 1972, 212; Flattet, 1966, 31; Liver, SPR V/1, 92, Anm. 7; Weitnauer/Wirths, § 3, N 35b; Weitnauer, DNotZ 1977, 37 f; zurückhaltend Hans Huber, ZBGR 1967, 190 und ZBGR 1972, 220 sowie nun auch Friedrich, ZBGR 1973, 142.

einer fehlenden Systemgerechtigkeit sprechen[30]. Dies führt zwar nicht zur Unzulässigkeit der Dienstbarkeiten, aber doch zur Empfehlung, auf sie vertraglich nur dann zurückzugreifen, wenn sich das gewünschte Resultat nicht mit der Nutzungsregelung erreichen lässt. Dies ist etwa der Fall, wenn einem Stockwerkeigentümer auf längere Zeit hin ein Nutzungsrecht eingeräumt werden soll, wobei eine Reglementsbestimmung, wonach für die "Rücknahme" des Sondernutzungsrechts die Zustimmung des Betroffenen erforderlich ist, wegen der anderen Beteiligten unerwünscht erscheint.

Die Begründung einer Dienstbarkeit erfolgt durch einstimmigen Beschluss, weil dieser Vorgang – als Verfügung – das Eigentum jedes einzelnen schlechthin betrifft[31].

Als Formen kommen sowohl die Grunddienstbarkeit, die irreguläre Personaldienstbarkeit wie auch (z.B. bei einem Gartenanteil) die Nutzniessung in Frage[32,33]. Beim Entscheid darüber ist auf die konkreten Verhältnisse abzustellen. Dabei ist es zulässig, die Dienstbarkeit für wechselnde, in Zukunft steigende Bedürfnisse des Berechtigten zu begründen, solange die Mehrbelastung nicht vertragswidrig ist[34].

Die Nutzniessung ist unveräusserlich und unvererblich (ZGB 749; BGB 1059); demgegenüber lässt sich bei den Grunddienstbarkeiten und bei den irregulären Personaldienstbarkeiten die Übertragung vorsehen; inwieweit dies sinnvoll ist, hängt von den gegebenen Umständen ab.

Die Dienstbarkeiten haben insbesondere eine Funktion hinsichtlich Dritter: Diesen können keine Sondernutzungsrechte eingeräumt werden, weil diese wesensgemäss nur als Inhalt des Sonderrechts (unselbständig) begründbar sind. Stehen deshalb der Gemeinschaft z.B. zu viele Autoabstellplätze zur Verfügung und will sich der Dritte nicht mit einem obligatorischen Benützungsrecht zufriedengeben, ist es möglich, seinem Anliegen durch Eröffnung einer Dienstbarkeit entgegenzukommen.

C Obligatorische Rechtsgeschäfte

Die Gemeinschaft kann schliesslich sowohl den Stockwerkeigentümern wie auch den Dritten an bestimmten Teilen obligatorische Rechte einräumen (v.a. Vermietung, Verpachtung). Bei diesem Vorgehen ist die Rechtsstellung der einzelnen relativ schwach ausgebaut; dafür wird die Gemeinschaft in der Verwaltung ihrer Angelegenheiten flexibler (Kündigungsmöglichkeit).

30 So Hans Huber, ZBGR 1972, 220.
31 Weitnauer/Wirths, § 3, N 35b.
32 Entgegen dem Wortlaut von ZGB 745 I ist auch die Nutzniessung von blossen Grundstücksteilen möglich (so auch Eggen, ZBGR 1972, 211 f).
33 Eingehender dazu Friedrich, Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1963, Basel 1963, 37 ff.
34 Bundesgericht, 6.7.1961, BGE 87 I 314.

Der Abschluss eines solchen Vertrages erfordert je nach dessen Tragweite die Zustimmung der einfachen Mehrheit (ZGB 647a I; WEG 21), der qualifizierten Mehrheit (ZGB 647b I) oder aller Beteiligten (WEG 22 I).

III Nutzungsrechte im Zusammenhang mit Sonderrechtsteilen

Obwohl die Nutzungsrechte an den gemeinschaftlichen Teilen innerhalb der Stockwerkeigentümergemeinschaft im Vordergrund stehen, weil sie eine Ersatzfunktion für den Fall der Sonderrechtsunfähigkeit übernehmen, ist deren Einräumung auch an zu Sonderrecht ausgeschiedenen Raumeinheiten denkbar und unter Umständen sinnvoll. Die Anwendungsmöglichkeiten sind dabei recht unterschiedlich:

- Der Nutzungsordnung kommt – wie bei den gemeinschaftlichen Teilen – dann eine Ersatzfunktion zu, wenn zwar die Sonderrechtsfähigkeit des ganzen Raumes gegeben ist, nicht aber diejenige der einzelnen Teile, eine Sondernutzung an diesen aber erwünscht ist.
- Die Nutzungsordnung kann auch die Ausscheidung zu Sonderrecht ergänzen und damit zur Erhöhung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Stockwerkeinheit beitragen. Besonders zu beachten ist dabei, inwieweit Belastungen der Stockwerkeinheiten möglich sind.

A Die Bildung einer besonderen Gemeinschaft

1. Ist zwar ein Raum im gesamten sonderrechtsfähig, nicht aber die einzelnen Teile, an denen exklusive Nutzungsrechte begründet werden sollen, so besteht die Möglichkeit, dass die Interessierten die betreffende Raumeinheit als Gemeinschaft erwerben und intern eine Benutzungsordnung aufstellen. In Frage kommt dabei v.a. die Miteigentümergemeinschaft oder die einfache Gesellschaft (bürgerliche Gesellschaft).

Die einfache Gesellschaft hat den Nachteil, dass sie meist relativ stark auf die Persönlichkeit der Gesellschafter ausgerichtet ist. Es können sich Probleme bei einem Wechsel im Mitgliederbestand ergeben[35]; es sollten deshalb – bereits präventiv – entsprechende vertragliche Regelungen getroffen werden. Des weitern wird es wohl in vielen Fällen angezeigt sein, sich dagegen vorzusehen, dass nicht beliebige Dritte Teilhaber werden und andere Stockwerkeigentümer das Nachsehen haben.

2. Die Miteigentümergemeinschaft erscheint deshalb im Normalfall als die adäquatere Gemeinschaft; immerhin ist nicht zu übersehen, dass damit relativ komplizierte und nicht leicht überschaubare Rechtsverhältnisse entstehen, die zudem meist eine eingehende vertragliche Ergänzung erfordern[36].

35 Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 8, N 70 ff.

36 Im folgenden wird lediglich eine kurze Problemübersicht gegeben; die einzelnen Fragen werden eingehender im Zusammenhang mit dem Beispiel der Autoabstellplätze (hinten § 11 II A 1 d) beleuchtet.

So ist etwa zu entscheiden, ob die "Unter-Anteile" nach der erneuten Quotenbildung subjektiv-dinglich mit den Miteigentumsanteilen des Stockwerkeigentums verknüpft werden sollen oder nicht: Die Sicherheit, einen Anteil innezuhaben (v.a. wird es sich praktisch um einen Autoabstellplatz handeln), und die Starrheit der Regelung sind gegeneinander abzuwägen. Besteht keine subjektiv-dingliche Verknüpfung, hat der einzelne einen jederzeitigen Aufhebungsanspruch, der sich nach schweizerischem Recht vertraglich nur auf 30 Jahre ausschliessen lässt (ZGB 650 I; das deutsche Recht kennt diese Beschränkung nicht: BGB 749 II). Des weitern steht den Miteigentümern in der Schweiz ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu, das jedenfalls dann, wenn Stockwerkeinheit und Miteigentums-"Unter-Anteil" zusammenbleiben sollen, wenig sinnvoll und deshalb auszuschliessen ist. Im übrigen ist auch eine sog. "Vorratsteilung" nicht möglich.

Die Miteigentümergemeinschaft bedarf überdies einer eigenen Nutzungs- und Verwaltungsordnung (in Deutschland ist diese im Grundbuch einzutragen); dabei gelten z.B. die Veräusserungs- und Belastungsbeschränkungen (ZGB 712c II, WEG 12) nicht, sie können lediglich schuldrechtlich vereinbart werden. Die Miteigentümergemeinschaft hat ebenso wie die Stockwerkeigentümergemeinschaft eine Organisation (Versammlung, Verwalter) zu bilden, die bei weitgehender personeller Übereinstimmung sich jedoch inhaltlich (nicht aber formell!) mit dieser zusammenlegen lässt.

B Dienstbarkeiten

1. Die Begründung von Nutzniessung und Wohnrecht an einer Raumeinheit ist als Belastung unbestrittenermassen zulässig; im schweizerischen Recht ergibt sich dies direkt aus dem Gesetzeswortlaut (ZGB 712c II).

2. Weniger klar ist die Rechtslage auf der Seite der Belastung hinsichtlich der anderen Dienstbarkeiten; generell muss dabei gelten, dass diese nur dann möglich sind, wenn dadurch das Gemeinschaftsverhältnis der Stockwerkeigentümer nicht beeinträchtigt wird.

Für das schweizerische Recht ist davon auszugehen, dass Grunddienstbarkeiten und ihnen entsprechende irreguläre Personaldienstbarkeiten den Miteigentumsanteil belasten können, sofern das dingliche Zuordnungsverhältnis an den Räumen zwischen den Stockwerkeigentümern ausgeschieden ist[37], denn der einzelne kann sich zwar nur in solchen Befugnissen eine Beschränkung auferlegen, die ihm wirklich zustehen, jedoch in diesen ohne Rücksprache mit der Gemeinschaft[38]. Im Gegensatz zu seiner früheren Ansicht ist Liver jedoch anlässlich eines Referates im Jahre 1968 – ohne weitere Begründung und Stellungnahme zu seiner Meinungsänderung – da-

37 Liver, Einleitung, N 19 und Art. 730, N 22; Friedrich, § 47, N 3; wohl ebenso Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 23; vgl. auch Mengiardi, 68 f und allgemein Friedrich, Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1963, Basel 1963, 50.

38 Daraus ergibt sich auch, dass nur das grundbuchlich fixierte Sonderrecht belastet werden kann und nicht etwa ein durch das Reglement eingeräumtes Sondernutzungsrecht.

von ausgegangen, die Errichtung von Dienstbarkeiten unter den Stockwerkeigentümern sei unzulässig, weil dadurch die Stockwerkeinheit, die der Gemeinschaft als Haftungssubstrat diene, entwertet werde[39]; auch wenn dies für einzelne der von Liver angeführten Beispiele durchaus zutrifft, kann der Verallgemeinerung dennoch nicht zugestimmt werden, sondern es bedarf einer differenzierteren Betrachtung (zumal die Wertminderung als solche nicht zu einer Verfügungsbeschränkung führt). Es kommt nämlich auf die konkrete Art und Auswirkung der betreffenden Dienstbarkeit an: Sowohl Grund- wie irreguläre Dienstbarkeiten sind nicht einfach unbestimmt, sondern berechtigen zu einem bestimmbaren Eingriff (ZGB 730 I) bzw. zu einem Eingriff in bestimmbarer Hinsicht (ZGB 781 I)[40]. Auch von der Stockwerkeinheit her liegt der notwendige Grad an Bestimmtheit vor. Daraus ergibt sich, dass solche Befugnisse Dritten eingeräumt werden können, die zur gesetzlichen – und damit im Grundbuch erkennbaren – Umschreibung des Sonderrechts gehören[41]. Darunter fallen[42] Baubeschränkungen, Gewerbebeschränkungen, Durchleitungsrechte und wohl auch Wegrechte[43].

Die Rechtslage in Deutschland entspricht derjenigen in der Schweiz: Grund- und Personaldienstbarkeiten sind an sich zulässig, nur dürfen sich deren Bereiche einzig auf das Sondereigentum erstrecken; belastbar sind dementsprechend solche Befugnisse, die dem einzelnen kraft seiner Stellung als Sondereigentümer zukommen; dazu gehört etwa ein Durchgangsrecht oder ein Lichtrecht[44]. Keine Dienstbarkeit an einem einzelnen Wohnungseigentum lässt sich jedoch begründen, wenn diese lediglich die Benutzung der gemeinschaftlichen Teile zum Gegenstand hat[45] oder wenn deren Ausübungsbefugnis neben dem Sondereigentum auch Gemeinschaftsflächen erfassen soll. Entscheidend ist nun, dass dies auch dann gilt, wenn dem belasteten Wohnungseigentümer an den allein oder neben dem Sondereigentum betroffenen Gemeinschaftsflächen ein dinglich wirkendes Sondernutzungsrecht zusteht[46]; dieses stellt nämlich nicht ein selbständiges und damit belastbares Recht dar, sondern gehört zum Inhalt des Sondereigentums[47].

39 Liver, Berner Notar 1969, 325.

40 Der Begriff "Bestimmbarkeit" ist m.E. dem Begriff "Bestimmtheit", den Mengiardi (73 f) verwendet, vorzuziehen.

41 Vgl. Mengiardi, 82.

42 Mengiardi, 132.

43 Ein Wegrecht (Durchgangsrecht) darf dann nicht vereinbart werden, wenn es sich dabei um den einzigen Zugang zur Stockwerkeinheit handeln würde (ZGB 712b I) bzw. wenn damit diese Vorschrift umgangen werden soll (vgl. vorne § 8 III). Soll dem Betroffenen jedoch lediglich ein weiterer Zugang verschafft werden, spricht nichts gegen ein Wegrecht (so auch Friedrich, ZBGR 1973, 140); demgegenüber sieht Mengiardi (128, 132) das Wegrecht nur als notwendige inhaltliche Ergänzung einer anderen Befugnis (z.B. Platzrecht), als adminiculum servitutis. Diese Auffassung dürfte zu eng sein, auch wenn sich in der Praxis nicht leicht Beispiele für mögliche Wegrechte finden lassen (z.B. Durchgangsrecht von einem gemeinschaftlichen Teil zu einem andern, das dem Betroffenen einen erheblichen Umweg erspart). Gegen die Zulässigkeit eines Wegrechts überhaupt: Liver, Berner Notar 1969, 325.

44 Bärmann/Pick, § 1, N 100; Weitnauer/Wirths, § 3, N 35; Soergel/Baur, § 3, N 31; Weitnauer, DNotZ 1977, 37 f.

45 KG, 9.1.1976, MDR 1977, 405.

46 Eingehend dazu BayObLG, 24.10.1974, NJW 1975, 59 f und dort zitierte Literatur; Soergel/Baur, § 3, N 31.

47 Es gilt Entsprechendes wie beim hinsichtlich der Veräusserung von Sondernutzungsrechten Gesagten.

Sowohl im schweizerischen wie im deutschen Recht ist der Inhaber des belasteten Grundstücks grundsätzlich nur zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichtet (ZGB 730; BGB 1018, 1021); Handlungspflichten sind einzig zulässig, wenn sie als nebensächlich erscheinen[48]. Nicht möglich als Inhalt einer Grunddienstbarkeit ist deshalb die Verpflichtung eines Stockwerkeigentümers, zu unterlassen, von einer anderen als einer bestimmten Heizungsanlage Wärme und Warmwasser zu beziehen: Formal liegt zwar eine Unterlassung vor, doch faktisch besteht – will der Betroffene nicht frieren oder vollständig eigene Apparaturen einrichten – ein Zwang zum Anschluss, weshalb materiell die Unterlassungs- als eine Leistungspflicht zu werten ist[49].

3. Die Stockwerkeinheiten können auch die herrschenden Grundstücke sein; soweit nur Gemeinschafter selber beteiligt sind, ergibt sich dies zwingend aus der beschränkten Anerkennung von Dienstbarkeiten, die zu einer Belastung der Raumeinheit führen[50].

Dienstbarkeiten kommen jedoch ebenso in Frage im Hinblick auf benachbarte Grundstücke. Als Beispiele für Fälle, in denen die Stockwerkeinheiten berechtigt sind, wären zu nennen[51]:

- Aussichtsrecht
- Immissionsverbot
- Baubeschränkung
- Gewerbebeschränkung
- Wegrecht

Durch solche Dienstbarkeiten werden die Rechte der Gemeinschaft an der Einheit als Haftungsobjekt nicht beeinträchtigt (meistens sogar verstärkt); auch eine Zweckänderung der Liegenschaft ist ausgeschlossen, weil die Dienstbarkeit nicht dem Grundstück als solchem, sondern dessen Inhaber nützlich sein muss[52] und sich daran kaum etwas ändert. Kein Hinderungsgrund ist schliesslich die allenfalls mit der Berechtigung verbundene positive Leistungspflicht (ZGB 741; BGB 1020 2, 1021 I), weil eine allfällige Wertminderung als solche noch keine Verfügungsbeschränkung nach sich zieht[53].

4. Weil Stockwerkeigentum nicht an zwei Grundstücken begründet werden kann, besteht weiter die Möglichkeit, bei einer entsprechenden Vereinbarung am Nachbargrundstück ein Nutzungsrecht eingeräumt zu erhalten. So ist es denkbar, z.B. die Garage im Baurecht auf der Nachbarliegenschaft zu erstellen und das Baurecht subjektiv-dinglich mit den Stockwerkeigentumsanteilen zu verbinden[54]. Ein Stockwerkeigentümer kann auch mit dem Nachbarn auf dem fremden Grundstück eine Miteigentümergemeinschaft bilden (der entsprechende Anteil lässt sich mit der Stockwerkeinheit subjektiv-dinglich verknüpfen). Schliesslich besteht die Möglich-

48 Vgl. Liver, Art. 730, N 194 ff.
49 Vgl. BayObLG, 6.8.1976, DNotZ 1977, 303 ff.
50 Mengiardi, 140 ff; Weitnauer/Wirths, § 3, N 35a.
51 Liver, Berner Notar 1969, 326.
52 Liver, Art. 730, N 103 ff.
53 Mengiardi, 142; zurückhaltender wohl Liver, Berner Notar 1969, 326.
54 Im einzelnen dazu Eggen, ZBGR 1972, 209 und Hans Huber in einer Bemerkung dazu (ZBGR 1972, 220).

keit, dass den Stockwerkeigentümern hinsichtlich des fremden Grundstücks eine Grunddienstbarkeit (oder irreguläre Personaldienstbarkeit) eingeräumt wird.

§ 11 Überblick über die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten am Beispiel der Garagen/Autoabstellplätze

I Allgemeines

1. Angesichts der ständig zunehmenden Motorisierung der Bevölkerung ist die Zurverfügungstellung von Autoabstellplätzen immer wichtiger geworden; kaum ein Bauträger wird mehr darum herumkommen, eine gewisse Zahl von überdachten oder unüberdachten Stellplätzen zu konzipieren; in neueren Baugesetzen werden dem Ersteller eines Hauses zu Recht auch diesbezügliche Auflagen gemacht[1].

Die Erfüllung solcher baurechtlicher Auflagen oder weiterer persönlicher Wünsche kann sehr unterschiedlich sein und muss sich nach den gegebenen räumlichen und technischen Möglichkeiten richten. In Frage kommen etwa offene Autoabstellplätze, Einzelgaragen, Doppelstockgaragen, ober- oder unterirdische Sammelgaragen, Abstellflächen auf einem unüberdachten Oberdeck, entweder auf demselben Grundstück oder einem anderen, unter Einräumung von Sonderrechten oder als gemeinschaftlicher Teil. Die Vielfalt der Fallgestaltungen und die Differenziertheit der liegenschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten stehen dabei oft in einem umgekehrten Verhältnis zur wirtschaftlichen Relevanz der Gegenstände[2]. Die Schaffung von Unterbringungsmöglichkeiten für Autos wird deshalb, je komplizierter eine einwandfreie Zuordnung zur Hauptsache ist, zu einer lästigen Nebenpflicht des Bauträgers, der er wenigstens möglichst viele Vorteile für sich abgewinnen will.

Die rechtliche Ausgestaltung der Autoabstellplätze muss einerseits juristisch einwandfrei sein, anderseits auch den Wünschen der künftigen Stockwerkeigentümer sowie denjenigen des Bauherrn (Verwalters) entgegenkommen. Eine möglichst flexible Lösung ist deshalb erstrebenswert. So haben z.B. nicht alle Stockwerkeigentümer ein Auto und sind deshalb kaum bereit, mit der Stockwerkeinheit auch einen Abstellplatz zu kaufen; anderseits kann der freie Handel mit den Abstellplätzen die Gefahr mit sich bringen, dass die ersten Käufer bereits alle erwerben und die späteren leer ausgehen bzw. solche von den Mitbewohnern mieten müssen. Die Bauherren wehren sich meist gegen eine von vorneherein grundbuchlich bindende Zuordnung der Autoabstellplätze, weil sie dann beim Verkauf gehindert sind, indem sie deren Angebot den Käuferinteressen nicht beliebig anpassen können; die Bauträger sind zudem an der selbständigen Verkehrsfähigkeit der Abstellplätze interessiert, um diese gesondert – gegen einen zusätzlichen Preis – verkaufen zu können.

1 So sieht z.B. das Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich vom 7.9.1975 eine Erstellungspflicht für Fahrzeugabstellplätze vor (PBG 242), wobei die technischen Anforderungen sowie die Zahl dieser Abstellplätze einer Verordnung des Regierungsrates vorbehalten werden (PBG 359h).

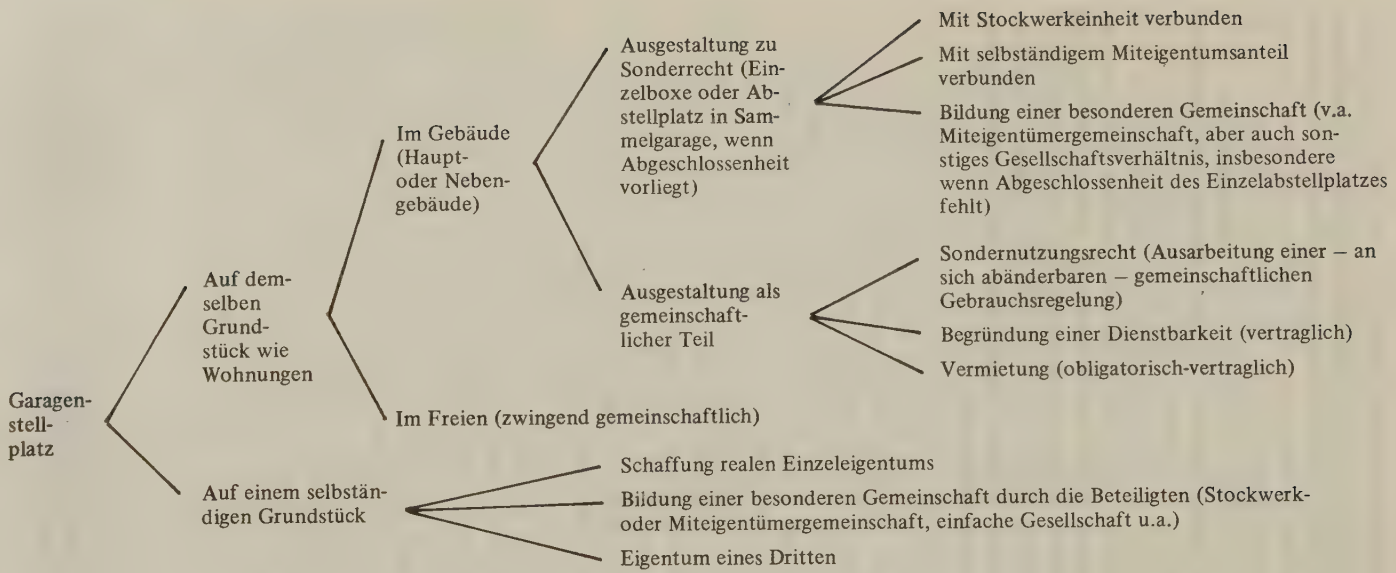
2 Noack, Rechtspfleger 1976, 193.

Diese kurz skizzierten Interessengegensätze, nicht nur zwischen den Stockwerkeigentümern und dem Bauherrn, sondern auch zwischen den Stockwerkeigentümern untereinander, zeigen auf, dass bei der vertraglichen Ausgestaltung der Autoabstellplätze leicht Kollisionen zwischen Zielsetzungen und sachenrechtlichen Verwirklichungsmöglichkeiten auftreten können: "Die Anbindung des Abstellplatzes soll eng, aber nicht unlösbar sein; sie soll dinglich wirken, aber das Grundbuch nicht überlasten; das Zubehör soll veräusserlich und belastbar sein, aber seinem Bestimmungszweck nicht entfremdet werden können; die Zuordnungsform von Hauptsache und Zubehör zum Eigentümer sollen deckungsgleich sein"[3]. Alle diese Vorstellungen miteinander zu vereinen, wird in keinem Fall möglich sein; um aber spätere Schwierigkeiten zu vermeiden, ist es notwendig, bei der Ausarbeitung des Begründungsaktes die tatsächlichen (technischen, räumlichen, interessenmässigen) Gegebenheiten genau zu erforschen und den bestmöglichen Kompromiss zu suchen.

2. Skizzenhaft dargestellt stehen folgende Möglichkeiten der vertraglichen Ausgestaltung der Autoabstellplätze zur Verfügung[4]:

3 Noack, 193.

4 Vgl. auch Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 12 ff; Staudenmaier, 170 ff; Noack, 193 ff; Clemens Korff, Garagen und Einstellplätze auf dem Grundstück, Der Wohnungseigentümer 1978, 41 ff.


Garagenstellplatz
Auf demselben Grundstück wie Wohnungen
Im Gebäude (Haupt- oder Nebengebäude)
Ausgestaltung zu Sonderrecht (Einzelboxe oder Abstellplatz in Sammelgarage, wenn Abgeschlossenheit vorliegt)
Mit Stockwerkeinheit verbunden
Mit selbständigem Miteigentumsanteil verbunden
Bildung einer besonderen Gemeinschaft (v.a. Miteigentümergemeinschaft, aber auch sonstiges Gesellschaftsverhältnis, insbesondere wenn Abgeschlossenheit des Einzelabstellplatzes fehlt)
Ausgestaltung als gemeinschaftlicher Teil
Sondernutzungsrecht (Ausarbeitung einer – an sich abänderbaren – gemeinschaftlichen Gebrauchsregelung)
Begründung einer Dienstbarkeit (vertraglich)
Vermietung (obligatorisch-vertraglich)
Im Freien (zwingend gemeinschaftlich)
Auf einem selbständigen Grundstück
Schaffung realen Einzeleigentums
Bildung einer besonderen Gemeinschaft durch die Beteiligten (Stockwerk- oder Miteigentümergemeinschaft, einfache Gesellschaft u.a.)
Eigentum eines Dritten

II Autoabstellplätze auf demselben Grundstück

A In einem Gebäude

1. Ausgestaltung zu Sonderrecht

a) Allgemeines

Sonderrechte können grundsätzlich nur an abgeschlossenen Räumen begründet werden[5]. In der Schweiz (und bis 1973 auch in Deutschland) bedeutet dies, dass der Garagenstellplatz im wesentlichen dreidimensional umschlossen sein muss, wenn dabei auch Lehre und Praxis nicht den strengsten Massstab angelegt haben (z.B. genügen Drahtgitter)[6]. Praktisch kommen Einstellboxen oder abgegrenzte Stellplätze in ober- oder unterirdischen Sammelgaragen in Frage, die einen Raum darstellen, wenn sie seitlich – einigermassen – umschlossen sind, unabhängig davon, ob ihre Einfahrt mit einem Tor oder einer Einfahrtsschranke versehen ist. Seit der Novellierung des WEG im Jahre 1973 reichen in Deutschland aber auch durch dauerhafte Markierungen (Mäuerchen, Nägel u.a.) gekennzeichnete Plätze aus, indem die Abgeschlossenheit fingiert wird[7]. Unter teleologischen Gesichtspunkten ist eine entsprechende Anwendung von WEG 3 II 2 auf Doppelstockgaragen und Autoabstellplätze auf einem nicht überdachten Oberdeck eines Gebäudes bejaht worden[8]. Hingegen steht nach wie vor fest, dass die Garagenabstellplätze Bestandteil eines Gebäudes sein müssen und nicht im Freien liegen dürfen[9].

Ob sich die Garagen im Hauptgebäude oder in einem selbständigen Nebengebäude auf demselben Grundstück befinden, macht keinen Unterschied aus.

Weil Sonderrecht ohne Miteigentumsanteil nicht bestehen kann, muss auch der Abstellplatz, mag er wertmässig im Vergleich zur Liegenschaft auch nur einen minimen Bruchteil ausmachen, mit einem solchen verknüpft werden. Dabei besteht die Möglichkeit der Verbindung mit einem selbständigen Miteigentumsanteil (z.B. 1/1000) oder die Zuordnung des Abstellplatzes zu einer Eigentumswohnung als Nebenraum. Die erste Ausgestaltungsvariante bringt den Vorteil der Flexibilität mit sich, die zweite garantiert dafür dem einzelnen Stockwerkeigentümer jedenfalls einen Abstellplatz.

b) Mit der Stockwerkeinheit verbundener Autoabstellplatz

aa) Die abschliessbare Einzelgarage oder der Abstellplatz in einer Sammelgarage kann bereits im Begründungsakt mit dem Sonderrecht an einer bestimmten Eigentumswohnung verbunden werden. In diesem Fall stellt der Platz – als integrierender Bestandteil – einen Nebenraum dar, der im Aufteilungsplan als solcher zu bezeich-

5 Vgl. vorne § 8 II.
6 Vorne § 8 II B.
7 Bärmann/Pick, § 3, N 24; Noack, 193.
8 Vorne § 8 II C 2 b und c.
9 Eingehend vorne § 7 III A 2 sowie OLG Hamm, 2.10.1974, NJW 1975, 60 f.

nen ist. Hingegen ist er aus dem Grundbuch nicht direkt ersichtlich; wer also den Umfang des Sonderrechts kennenlernen will, muss sich in den Plänen und im Begründungsakt informieren. Sinnvoll ist es, der Einzelboxe oder dem Abstellplatz die gleiche Nummer wie der Eigentumswohnung zu geben. Eine solche vertragliche Ausgestaltung ist selbstverständlich nur möglich, wenn sich der Garagenstellplatz auf dem gleichen Grundstück befindet wie die Stockwerkeinheit.

bb) Die bereits anfängliche Zuordnung des Sonderrechts an einem Garagenstellplatz zu einer bestimmten Stockwerkeinheit erscheint zwar als rechtstechnisch elegant und einfach, doch ist sie nicht immer sachentsprechend. Verschiedenen Situationen wird eine solche vertragliche Ausgestaltung nicht gerecht:

- Ein Stockwerkeigentümer hat überhaupt kein Auto und braucht deshalb auch keinen Platz.
- Ein späterer Stockwerkeigentümer hat nicht mehr die Auswahl unter mehreren Plätzen.
- Ein Stockwerkeigentümer braucht eine Einstellhalle für einen Zweitwagen.
- Ganz allgemein ist diese Lösung praktisch und wirtschaftlich nur sinnvoll, wenn etwa gleich viele Einstellplätze wie Wohnungen vorhanden sind; andernfalls müssten entweder mehrere Garagen mit einer Wohnung verbunden oder mit einem kleinen Miteigentumsanteil verbundene Raumeinheiten "Garage" allein verkauft werden, was zu einer völlig unübersichtlichen Rechtslage führt, oder aber bestimmten Wohnungen für Zweitwagen zugeordnet werden, was eine erschwerte Verkäuflichkeit mit sich bringt; immerhin ist es noch möglich, Besucherparkplätze mit der Hausmeisterwohnung oder einer Arztpraxis zu verbinden.

Dem Problem des fehlenden Bedürfnisses und der mangelnden Auswahl kann insoweit teilweise begegnet werden, als der Bauträger, der bei der – überwiegend allein vorgenommenen – Aufstellung des Begründungsaktes noch nicht weiss, welche Stockwerkeigentümer überhaupt einen Abstellplatz erwerben wollen, diese einer Eigentumswohnung zuordnet, die er selber behält, und sie dann zusammen mit einem minimalen Miteigentumsanteil an die interessierten Stockwerkeigentümer verkauft. Dabei stellt sich aber wiederum die Frage der Wertquotenänderung: Wird diese durch einen solchen Vorgang erforderlich?

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass auch eine Teilveräusserung eine Wertquotenänderung nach sich zieht[10]. Wegen der im deutschen Recht notwendigen Einstimmigkeit (fehlende Flexibilität) ist von der Lehre versucht worden, das Zustimmungsverfahren auszuschalten: Mit Billigung des BGH entspricht es heute der herrschenden Ansicht, dass ein Wohnungseigentümer ohne einstimmigen Beschluss seine Einheit intern aufspalten kann (sofern dies technisch unter Einhaltung der übrigen Anforderungen möglich ist)[11]; weil eine Weiterveräusserung eines solchen "Unter-Teils" keine Wertquotenänderung darstellt, steht ihr als Schranke nur noch (allenfalls) WEG 12 im Wege. Dies führt zur etwas paradoxen Situation, dass WEG 6, der an sich alle Verfügungen umfassen will, "umgangen" werden kann, wenn der zu verkaufende Teil in sich selber eine gesetzeskonforme Einheit bildet: So bedarf der "Verkauf" eines Raumes an einen Mitgemeinschafter (d.h. Verschiebung der

10 Vgl. vorne § 9 III B 1 und 6.
11 Vgl. vorne § 9 III B 3.

Wohnungstrennwand um ein Zimmer) der Zustimmung aller Wohnungseigentümer (WEG 6), während diese beim Verkauf eines Garagenstellplatzes entfällt, weil sich dieser vorerst mit einem kleinen Miteigentumsanteil von der Wohnung verselbständigen (als eigene Einheit) und erst hernach verkaufen lässt. Handelt es sich dabei um eine eigentliche Gesetzesumgehung? Dem Wortlaut des Gesetzes nach müsste die Frage wohl bejaht werden. Inhaltlich sprechen aber m.E. gute Gründe für deren Verneinung. Es ist nämlich keineswegs klar, dass jeder einzelne ein gerechtfertigtes Interesse haben soll, einen solchen Verkauf durch sein Vetorecht zu verhindern. In seiner Rechtsstellung wird ein anderer Wohnungseigentümer nicht direkt berührt; der einzige negative Aspekt könnte darin bestehen, dass die Gemeinschaft um ein Mitglied erweitert wird (wie bereits dargetan, kann dem Neuerwerber kein zusätzliches Stimmrecht zuerkannt werden[12]). WEG 6 will aber nicht eine Schranke aufstellen gegen neue Gemeinschafter, sondern gegen eine Verschlechterung der Rechtsstellung durch die Wertquotenänderung. Die Mitsprachemöglichkeit der anderen Wohnungseigentümer muss also durch die Anwendung von WEG 12 garantiert werden. Die Zustimmung kann zwar nur aus einem wichtigen Grund versagt werden[13]. Ob es dabei möglich ist, den wichtigen Grund in der Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergemeinschaft zu sehen, lässt sich nicht generell sagen; es wird auf den Charakter der betreffenden Gemeinschaft ankommen. Legt man WEG 6 jedoch restriktiv aus (im Sinne der Zulässigkeit der internen Aufspaltung ohne Zustimmung der übrigen), sind m.E. nicht allzu hohe Anforderungen an den wichtigen Grund zu stellen; weil nämlich bereits dauerhaft markierte Abstellplätze Gegenstand von Sondereigentum sein können, würde im Falle der praktischen Unwirksamkeit der Schranke von WEG 12 die Gefahr bestehen, dass die Plätze zu einem Spekulationsobjekt werden (mit grossen Preissteigerungen in den Städten!), was kaum dem Sinn des Wohnungseigentums entsprechen dürfte.

Die dogmatische Rechtslage hinsichtlich der Teilveräusserung ist in der Schweiz entsprechend; verfahrensrechtlich besteht jedoch die Erleichterung, dass neben der Zustimmung der direkt Betroffenen nur ein einfacher Versammlungsbeschluss nötig ist. Offenbar ist es in der Schweiz deshalb noch nicht zu ernsthaften praktischen Schwierigkeiten gekommen (oder aber ein fehlender Versammlungsbeschluss ist nicht gerügt worden). Es bleibt deshalb ungewiss, ob die Rechtsprechung die interne Aufspaltung ohne das Wertquotenänderungsverfahren (mit der Möglichkeit des späteren Verkaufs der Unter-Einheit) zulassen würde.

cc) Ein mit einer Stockwerkeinheit verbundener Abstellplatz teilt deren rechtliches Schicksal: Er wird von Verfügungen über die Einheit (Verkauf, Belastung) mitbetroffen.

c) Mit einem selbständigen Miteigentumsanteil verbundener Autoabstellplatz

Von den Stockwerkeinheiten ist ein Garagenstellplatz dann losgelöst, wenn dieser im Begründungsakt (Teilungserklärung) als selbständige Einheit mit einem besonderen Miteigentumsanteil ausgeschieden und in einem besonderen Grundbuchblatt

12 Vorne § 9 III B 3.
13 Hinten § 34 IV A.

angelegt wird; dabei muss es sich um denselben Begründungsakt wie für die Eigentumswohnungen handeln. Der einzelne Miteigentumsanteil für den Einstellplatz ist möglichst klein zu halten, damit er bei der daran anknüpfenden Kostenverteilung sowie bei einer allfälligen Stimmrechtsregelung nach Wertquoten nur wenig ins Gewicht fällt. Unerheblich ist, ob es sich um eine abgeschlossene Einzelgarage oder um einen abgeschlossenen bzw. dauerhaft markierten (WEG 3 II 2) Abstellplatz handelt und ob sich die Plätze im Haupt- oder in einem Nebengebäude befinden, solange sie noch auf dem gleichen Grundstück liegen.

Durch die Neufassung von WEG 3 II im Jahre 1973 ist es in Deutschland insbesondere ermöglicht worden, nur markierte Garagenstellplätze durch Verbindung mit einem besonderen Miteigentumsanteil als selbständiges Teileigentum sondereigentumsfähig zu machen[14]. Ein solcher Abstellplatz erscheint denn auch im Grundbuch (mit der Folge der möglichen Veräusserbarkeit und Belastbarkeit). Problematisch ist zwar dabei, dass wegen solcher Abstellplätze kleinste Miteigentumsanteile ausgeschieden werden müssen.

Der Inhaber eines solchen Garagenstellplatzes braucht nicht sonstiger Inhaber einer Stockwerkeinheit zu sein; er muss also nicht gleichzeitig eine Wohnung im Objekt haben. So kann insbesondere der Bauträger solche Abstellplätze zurückbehalten und vermieten; wegen der möglichen Abhängigkeit der Stockwerkeigentümer ist jedoch ein strenger Massstab hinsichtlich einer allfällig rechtsmissbräuchlichen, sittenwidrigen oder gegen Treu und Glauben verstossenden Ausnützung der Machtstellung anzulegen. Anderseits ist ein Stockwerkeigentümer, der einen Abstellplatz besitzt, ebenfalls nicht gezwungen, diesen an einen Mitbewohner zu verkaufen; diese können sich nur insoweit schützen, als sie, um das unerwünschte Eindringen von Dritten zu vermeiden, ein Vorkaufsrecht vereinbaren. Ebenso wird es sich unter Umständen empfehlen, Veräusserungs- und Benutzungsbeschränkungen vorzusehen, damit nicht jeder beliebige Dritte Mitglied der Gemeinschaft wird[15].

Diese Beschränkungen versagen jedoch bei bestimmten Rechtsvorgängen (z.B. Vererbung). Zudem ist es sehr fraglich, ob in der Tatsache, dass ein Stockwerkeigentümer seinen Garagenstellplatz einem Dritten verkaufen oder einem Dritten an ihm ein Nutzungsrecht einräumen will, bereits ein wichtiger Grund gesehen werden kann, der zur Verweigerung der Zustimmung berechtigt[16].

d) Bildung einer besonderen Gemeinschaft

aa) Allgemeines

Sofern die Voraussetzungen vorliegen, dass eine Mehrzahl von Garagenstellplätzen zu Sonderrecht ausgeschieden werden kann, haben die Stockwerkeigentümer auch die Möglichkeit, diese als Gemeinschaft zu erwerben und je nach dem besonderen Rechtsverhältnis die einzelnen Plätze unter sich aufzuteilen. Praktisch wird es sich

14 Dazu Staudenmaier, 171 f.
15 Ungenau Staudenmaier, 172.
16 Vgl. vorne § 11 II A 1 b a.E. (dies scheint Staudenmaier, 172 zu übersehen oder unzureichend zu berücksichtigen).

dabei insbesondere um ober- oder unterirdische Sammelgaragen handeln; ob diese Teil des Hauptgebäudes sind oder in einem Nebengebäude untergebracht sind, spielt keine Rolle.

Die Bildung einer Gemeinschaft drängt sich insbesondere dann auf, wenn es an der notwendigen Abgeschlossenheit des einzelnen Stellplatzes fehlt. In Deutschland haben in letzter Zeit die verschiedenen Gemeinschaftsformen etwas an Bedeutung verloren, weil die Autoabstellplätze seit 1973 nicht mehr dreidimensional umschlossen sein müssen (WEG 3 II 2); sie kommen heute vor allem dann noch in Betracht, wenn das Erfordernis der dauerhaften Markierung nicht erfüllt ist. Demgegenüber haben sie in der Schweiz ihre Bedeutung nicht eingebüsst.

bb) Miteigentümergemeinschaft

aaa) Wollen die Stockwerkeigentümer eine Miteigentümergemeinschaft an den Garagenstellplätzen bilden[17], muss der gesamte Raum abgeschlossen sein und einen eigenen Zugang (oder mehrere Zugänge) haben. Diese Stockwerkeinheit (Teileigentum) umfasst einen bestimmten Miteigentumsanteil an der ganzen Liegenschaft, z.B. 50/1000; Inhaberin dieser Einheit ist die Gemeinschaft der einen Abstellplatz benützenden Personen. Sind z.B. 20 Plätze vorhanden, so erhält der betreffende Eigentümer einen Miteigentumsanteil von 1/20 an 50/1000 Miteigentumsanteil (verbunden mit dem Sonderrecht am Garagenabteil).

Es brauchen nicht alle Stockwerkeigentümer Mitglied dieser Miteigentümergemeinschaft zu sein; ebenso ist es möglich, dass auch Dritte an ihr beteiligt sind.

bbb) Diese Miteigentümergemeinschaft bedarf einer Benutzungs- und Verwaltungsordnung, aus der sich die konkreten Gebrauchsmöglichkeiten ergeben (ZGB 647, BGB 1010). Dabei ist insbesondere jedem Beteiligten ein exklusives Nutzungsrecht an einem bestimmten Platz in dieser Garage zuzuweisen. Innerhalb der Miteigentümergemeinschaft (Bruchteilsgemeinschaft) benützt also jeder Teilnehmer denjenigen Platz, der ihm beim Erwerb des Anteils zum alleinigen Gebrauch zugeteilt wird[18]. Ein solcher Miteigentumsanteil ist veräusser- und belastbar.

Zu beachten ist aber, dass diese Nutzungs- und Verwaltungsordnung nicht in der Schweiz (ZGB 649a), wohl aber in Deutschland (BGB 1010) der Eintragung ins Grundbuch bedarf, um für Rechtsnachfolger verbindlich zu sein. Des weiteren lassen sich allfällige Veräusserungs- und Nutzungsbeschränkungen innerhalb der Miteigentümergemeinschaft nicht auf ZGB 712c II/WEG 12 abstützen; sie sind also im Grundsatz nur schuldrechtlich möglich[19]. Dafür fällt auch die Schranke des wichtigen Grundes bei der vertraglichen Gestaltung weg: Die Einschränkung der Rechtsstellung darf nur nicht im Widerspruch zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen stehen (Treu und Glauben, Rechtsmissbrauch, Sittenwidrigkeit, übermässige Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit). Dies dürfte für die Bestimmung, dass ein Stockwerkeigentümer seinen Miteigentumsanteil an der Einheit "Garage" an dieselbe

17 Dazu auch Stumpp, 11 und Eggen, ZBGR 1972, 213.
18 Stumpp, 11; Staudenmaier, 172; von Heynitz, 646 und dort zitierte Literatur.
19 Staudenmaier, 172.

Person und in demselben Verhältnis wie seine Eigentumswohnung zu verkaufen habe, nicht zutreffen, wohl aber für die Bestimmung, dass nur ein Verkauf an bisherige Stockwerkeigentümer möglich ist.

ccc) Der Entscheid für den das Stockwerkeigentumsgebäude und die Garage einseitig konzipierenden Bauträger darüber, ob er die Grundlagen für eine Miteigentümergemeinschaft legen will, ist nicht einfach. Weil Stockwerkeigentümer und Dritte Gemeinschafter sein können, stellt sich das Problem, dass der Bauträger bei einer frühzeitigen vertraglichen Ausgestaltung noch gar nicht weiss, wer sich beteiligen wird[20]. Um eine stärkere Bindung an die Stockwerkeinheit zu erreichen, kann der Miteigentumsanteil subjektiv-dinglich[21] mit einem Grundstück (Raumeinheit) verknüpft werden[22]. Daraus resultieren aber eine eingeschränktere Mobilität und erschwerte Verkäuflichkeit bei an sich überzähligen Garagenplätzen (unselbständiger Miteigentumsanteil)[23]; dafür kommt sicher jeder Stockwerkeigentümer zu einem Autoabstellplatz[24].

Weitere Komplikationen können sich bei einer solchen Regelung daraus ergeben, dass für die Miteigentümergemeinschaft "Garage" eine eigene Organisation mit einer Versammlung und einem Verwalter aufgezogen werden muss (bei weitgehender personeller Übereinstimmung dürfte es aber sinnvoll sein, den Verwalter der Stockwerkeigentümergemeinschaft auch mit der Verwaltung der Garagenstellplätze zu betrauen und die Versammlung jeweils im Anschluss an die Stockwerkeigentümerversammlung durchzuführen) und dass eine erhebliche Unübersichtlichkeit des Grundbuchs eintritt, wenn die Unterbruchteile belastet werden.

ddd) Im Gegensatz zum Stockwerkeigentum, bei dem ein Vorkaufsrecht der übrigen Gemeinschaftsmitglieder ausdrücklich zu vereinbaren ist (ZGB 712c I), besteht in der Schweiz beim gewöhnlichen Miteigentum ein Vorkaufsrecht von Gesetzes wegen (ZGB 682 I). Wird nun an einer abgeschlossenen Autoeinstellhalle Miteigentum begründet, besteht die Gefahr, dass beim Verkauf einer Einheit ein anderer Miteigentümer (Stellplatzinhaber) sein Vorkaufsrecht geltend macht und der Käufer der Stockwerkeinheit diesbezüglich leer ausgeht. Auch die subjektivdingliche Verknüpfung zwischen dem Miteigentum an der Autoeinstellhalle und dem Eigentum an der Stockwerkeinheit hebt das Miteigentümervorkaufsrecht nicht auf[25]. Es wird deshalb meist sinnvoll sein, eine Vereinbarung über die Aufhebung des gesetzlichen Vorkaufsrechts zu treffen und im Grundbuch anzumerken, sofern

20 Deshalb bezeichnet Röll (Teilungserklärung, 20) die Form der Bruchteilsgemeinschaft als wenig zweckmässig. Seit der Revision von WEG 3 II 2 wird eine sachentsprechende Regelung in Deutschland tatsächlich meist mit der Einräumung von Sondereigentum an Abstellplätzen, deren Abgeschlossenheit fingiert wird, möglich sein; demgegenüber sind die Stockwerkeigentümergemeinschaften in der Schweiz nach wie vor auf die Miteigentümergemeinschaften angewiesen, wenn die Garagenstellplätze nicht dreidimensional umschlossen sind und die Erwerber eine stärkere dingliche Sicherung als ein Sondernutzungsrecht wünschen.

21 Zur Konstruktion des subjektiv-dinglichen Miteigentums: Rey, 133 f; vgl. auch Benno Schneider, Probleme des subjektiv-dinglichen Miteigentums, ZBGR 1976, 1 ff.

22 Zur subjektiv-dinglichen Verknüpfung bei Autoeinstellhallen vgl. auch Eggen, ZBGR 1972, 215.

23 Vgl. dazu vorne § 11 II A 1 b.

24 Es besteht nämlich für den Bauträger auch umgekehrt die Gefahr, dass ein potentieller Käufer vom Kauf absieht, weil ihm nicht gewährleistet werden kann, dass er wirklich einen Garagenstellplatz erhält.

25 Hans Huber, Gedanken zum Stockwerkeigentum, Stockwerkeigentum 1978/2, 28.

die Einheit und der Garagenstellplatz gemeinsam verkauft werden[26]. Ist in der Stockwerkeigentümergemeinschaft das Vorkaufsrecht vertraglich eingeführt worden, erscheint es am sachentsprechendsten, dieses Recht jedenfalls dann auch auf den Miteigentumsanteil an der Autoeinstellhalle zu erstrecken, wenn die Plätze knapp sind und sonst die Gefahr bestünde, dass die Stockwerkeigentümer einzelner Einheiten zu keinem solchen mehr kommen.

eee) Beim Stockwerkeigentum ist der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unter den Mitgliedern ausgeschlossen (ZGB 650 I, WEG 11), im Gegensatz zum gewöhnlichen Miteigentum. Kann dieser Grundsatz nun auch auf die Miteigentümergemeinschaft von Garagenstellplatz-Inhabern übertragen werden? Die teleologische Begründung des Ausschlusses der Teilbarkeit von Stockwerkeigentum (auch bei einem wichtigen Grund[27]) liegt darin, dass der Stockwerkeigentümergemeinschaft ein dauernder Bestand verliehen werden soll; untragbare Mitglieder können dafür ausgeschlossen werden (ZGB 649b; WEG 18 f). Einen solchen Charakter weist die Miteigentumsgemeinschaft aber nicht auf. Es fehlt ihr auch die Bestimmung "für einen dauernden Zweck" (ZGB 650 I): Nach unbestrittener herrschender Lehre liegt nämlich das Kriterium der Unauflöslichkeit "nicht etwa in dem engen und dauernden tatsächlichen Verbundensein der Beteiligten ..., sondern darin, ob der Zweck, dem die Miteigentumssache dient, nur dann voll erreicht werden kann, wenn das Miteigentum bestehen bleibt"[28]; als Beispiele werden etwa Weganlagen, Treppenhäuser, Heizungseinrichtungen und ähnliche gemeinsame Einrichtungen genannt. Im Vergleich zu diesen Anwendungsfällen kann deshalb der Autoeinstellhalle kein dauernder Zweck zuerkannt werden[29]; somit steht jedem Miteigentümer grundsätzlich das Recht zu, die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen. Dieses Recht kann lediglich durch Vereinbarung eingeschränkt werden: In der Schweiz bedarf es einer öffentlich beurkundeten Vereinbarung, die den Miteigentümern das Aufhebungsrecht für eine bestimmte Zeit, höchstens für 30 Jahre, nimmt (ZGB 650 II); in Deutschland ist der Ausschluss für immer oder auf Zeit möglich, wenn er als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist (BGB 1010 I). Der Anspruch auf Aufhebung lässt sich zudem ausschliessen durch die subjektiv-dingliche Verknüpfung von Miteigentumsanteil und Sonderrecht.

fff) Eine Begründung von Miteigentum durch den Alleineigentümer ohne gleichzeitigen Verkauf der selbständigen Miteigentumsanteile ist nicht möglich; eine Analogie zur sog. "Vorrratsteilung" beim Stockwerkeigentum (ZGB 712d II 2; WEG 8) ist ausgeschlossen[30]. Entsprechend scheidet auch die Einzelbeleihung eines Miteigentumsanteils an der Stockwerkeinheit "Garage" vor der Grundbucheintra-

26 Huber, 28.

27 In dieser Hinsicht stellt die Stockwerkeigentümergemeinschaft einen Sonderfall dar, indem bei ihr – im Gegensatz zu den anderen Gemeinschaftsverhältnissen – eine Auflösung aus wichtigen Gründen (bei nicht vorliegender Übereinstimmung aller Beteiligten) ausgeschlossen ist (vgl. auch hinten § 31); einziges Korrelat zu diesem Grundsatz ist die erleichterte Aufhebung, wenn das zu Stockwerkeigentum aufgeteilte Gebäude erheblich zerstört ist (ZGB 712 f; WEG 22 II).

28 Meier-Hayoz, Art. 650, N 19 und dort zitierte Literatur.

29 Friedrich, ZBGR 1973, 141; Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 14; Staudenmaier, 172; Huber, 29.

30 Eingehend Staudenmaier, 173; dazu auch von Heynitz, 646, Anm. 13.

gung der Miteigentümergemeinschaft aus. Möglich ist aber die Begründung von Miteigentum durch den Alleineigentümer ohne gleichzeitigen Verkauf der Anteile dann, wenn diese subjektiv-dinglich mit einer anderen Stockwerkeinheit verbunden werden[31].

cc) Sonstiges Gemeinschaftsverhältnis

Neben der Miteigentumsgemeinschaft können sich die Beteiligten auch zu einer anderen Gemeinschaft zusammenschliessen. In überschaubaren Verhältnissen wird es sich dabei meist um eine einfache Gesellschaft (OR 530 ff) bzw. eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGB 705 ff) handeln. Gesellschaftszweck ist die Verwaltung der Garage (OR 530; BGB 705)[32]. Weil die Bindung der Gemeinschafter untereinander nur schuld(mitgliedschafts)rechtlicher Natur ist, stellen sich teilweise ähnliche Sicherungsprobleme wie bei der Miteigentümergemeinschaft: Insbesondere wird es wohl in den meisten Fällen angezeigt sein, durch eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag vorzusorgen, dass nicht beliebige Dritte Teilhaberrechte an Garagenstellplätzen erwerben können und andere Stockwerkeigentümer das Nachsehen haben. Überdies sollten allfällige sich bei einem Wechsel im Mitgliederbestand ergebende Probleme präventiv vertraglich gelöst werden[33].

In speziellen Fällen, z.B. bei grossen Wohnanlagen mit Parkhochhäusern, kann es unter Umständen sogar zweckmässig sein, einen stärker wirtschaftlich ausgerichteten Gesellschaftstyp zu wählen. In Frage kommt etwa die offene Handelsgesellschaft[34] oder die GmbH[35]. Eine solche vertragliche Ausgestaltung ist aber nur sinnvoll, wenn die Verwaltung der Garagenstellplätze – auch in finanzieller Hinsicht – ein Ausmass annimmt, das die Möglichkeiten einer Miteigentumsgemeinschaft oder einfachen Gesellschaft eindeutig übersteigt, denn es darf nicht übersehen werden, dass mit einer solchen Rechtsform auch wesentliche Nachteile verbunden sind (erheblicher Verwaltungsaufwand unter teilweise strengen Formvorschriften, Steuern). Vorteilhaft kann sich auswirken, dass z.B. die GmbH über eigenes Vermögen verfügt und – im Gegensatz zur einfachen Gesellschaft – unter eigenem Namen prozessieren kann sowie – im Gegensatz zur Stockwerkeigentümergemeinschaft – ihr Vermögen nicht gebunden (z.B. auf die Verwaltungstätigkeit[36]) ist. Bei den wirtschaftlich ausgerichteten Rechtsformen besteht jedoch die erhöhte Gefahr, dass sie auf Grund einer gewinnstrebigen Eigendynamik die Interessen der Stockwerkeigentümer in den Hintergrund schieben; durch eine entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages ist sicherzustellen, dass die Bedürfnisse der beteiligten und beitrittswilligen Stockwerkeigentümer möglichst gedeckt werden.

31 Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 14.
32 Staudenmaier, 173; demgegenüber zu beschränkt das OLG Düsseldorf, 21.8.1972, DNotZ 1973, 91 f (kritisch auch die einlässlich begründete ablehnende Anmerkung zum Entscheid von Rolf Petzoldt).
33 Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 8, N 70 ff.
34 Bärmann, Praxis, 60.
35 Staudenmaier, 173.
36 Weber, SJZ 1979, 117 ff; anders im deutschen Recht (vgl. § 4, Anm. 32).

dd) Schuldrechtlich konzipierte "Stockwerkeigentümergemeinschaft"

Noch vor der Revision des WEG im Jahre 1973 hat sich von Heynitz die Frage gestellt, ob durch spezifische Bestimmungen in der Gemeinschaftsordnung für eine zukünftige Miteigentümerschaft, die Eigentümerin einer Tiefgarage wird, zwingend das ausschliessliche Benutzungsrecht an bestimmten Abstellplätzen mit bestimmbaren Miteigentumsanteilen verbunden werden kann[37]. Von Heynitz hat die Frage bejaht mit der Begründung, die Befugnisse der Miteigentümer einer unterbeteiligten Miteigentümergemeinschaft liessen sich durch Bestimmungen der Wohnungseigentums-Gemeinschaftsordnung einschränken, wenn diese Regelung sich mit jenen Befugnissen überschneide: Durch die Gemeinschaftsordnung nach WEG 10 ff würden zwar nur die Rechte der Raumeigentümer untereinander und zu den Organen, also die relativen Rechte ohne Aussenwirkung gegenüber Dritten, geregelt; sie könne aber auch schuldrechtliche Verpflichtungen der Beteiligten, sich nach aussen in einem gewissen Sinne zu verhalten, umfassen; somit würden die einzelnen aus den Bestimmungen der Gesamtgemeinschaft über die Rechtsgrundsätze von BGB 420 ff unmittelbar (wenn auch ohne absolute Wirkung) anspruchsberechtigt und -verpflichtet[38].

Diese Konstruktion hat sich in Deutschland nicht durchsetzen können: Neben ihrer Kompliziertheit findet sie v.a. dann keine Anwendung, wenn Dritte an der Miteigentümergemeinschaft beteiligt sind. In der Schweiz wäre sie ohnehin nicht anwendbar, weil es an einer einstimmig zu beschliessenden Nutzungsordnung ("Verfassung") fehlt.

2. Ausgestaltung als gemeinschaftlicher Teil

a) Allgemeines

Wenn dem Bauträger oder den künftigen Stockwerkeigentümern nicht daran liegt, die Garagenstellplätze frei verkaufen und belasten zu können, brauchen sie nicht unbedingt eine Ausscheidung zu Sonderrecht vorzusehen: Die Abstellplätze bleiben dann ein gemeinschaftlicher Teil und die interessierten Stockwerkeigentümer erhalten ein bestimmtes Nutzungsrecht. Eine solche vertragliche Ausgestaltung ist unumgänglich für die Autoabstellplätze im Freien, weil es – zwingend – unzulässig ist, an ihnen Sonderrechte zu begründen[39]. Eine entsprechende Regelung ist im übrigen nicht auf Sammelgaragen beschränkt, sondern kann ebenso auf an sich abschliessbare Einzelboxen angewendet werden.

Eine sinnvolle Benutzung der gemeinschaftlichen Autoabstellplätze ist nur gewährleistet, wenn sie in der Gemeinschaftsordnung bzw. im Reglement eine Regelung erfährt. In Frage kommen verschiedene Möglichkeiten:

37 von Heynitz, 646 ff.
38 von Heynitz, 651, 652 f; vgl. dazu auch LG München I, 3.12.1970, DNotZ 1971, 624 und LG München I, 30.4.1971, DNotZ 1972, 676.
39 Vgl. vorne § 7 III A 2 und hinten § 11 II B.

– Zuweisung eines Sondernutzungsrechtes an einen Stockwerkeigentümer;
– Einräumung einer Dienstbarkeit an einen Stockwerkeigentümer oder einen Dritten;
– Vermietung an einen Stockwerkeigentümer oder einen Dritten.

Die Festlegung der Gebrauchsregelung in der ursprünglichen, vom Bauträger allein aufgestellten Gemeinschaftsordnung hat den Vorteil, dass einem späteren Ansturm auf die Garagenplätze von vorneherein der Boden entzogen ist, z.B. wenn dem jeweiligen Eigentümer einer bestimmten Wohnung das Recht eingeräumt wird, einen bestimmten Abstellplatz zu nutzen und die anderen Stockwerkeigentümer von der Nutzung ausgeschlossen sind; hingegen ist eine solche frühzeitige Ausgestaltung nicht flexibel (erschwerte Abänderbarkeit). Immerhin wäre es sinnvoll, schon zu Beginn den Rahmen der Regelung vorzuzeichnen und diesen dann bei Anlass der Bezugsfähigkeit (und damit der wohl vorläufig abgeschlossenen Verkaufstätigkeit) in den Details zu konkretisieren.

b) Einräumung eines Sondernutzungsrechts

aa) Nur den Sonderrechtsinhabern, nicht einem Dritten, kann ein Sondernutzungsrecht zustehen; dieser müsste aus einer Grunddienstbarkeit oder aus einer persönlichen Dienstbarkeit berechtigt werden.

Die Sondernutzungsrechte lassen sich einer bestimmten Person einräumen; es ist aber auch möglich, dass der jeweilige Inhaber einer Stockwerkeinheit Sondernutzungsberechtigter ist. Wird das Recht auf den ausschliesslichen Gebrauch eines bezeichneten Autoabstellplatzes mit einer Stockwerkeinheit verbunden, erhält es realobligatorischen Charakter[40,41].

Die bereits anfängliche Zuordnung eines Sondernutzungsrechts an einem Garagenstellplatz zu einer Eigentumswohnung erscheint zwar rechtstechnisch elegant, unterliegt aber den gleichen Problemen wie ein als Nebenraum der Einheit zu Sonderrecht ausgeschiedener Abstellplatz[42]. Diese Ausgestaltung wird den Gegebenheiten nicht gerecht, wenn der Stockwerkeigentümer überhaupt kein Auto hat oder wenn er einen Platz für einen Zweitwagen benötigt. Ziel der realobligatorischen Verbindung ist ja, dass auch ein späterer Erwerber einer Stockwerkeinheit ungeachtet des Bedarfs an Abstellplätzen jedenfalls einen erhält; dies lässt sich, wenn zwar nur mit schuldrechtlicher Wirkung, aber immerhin dadurch bewirken, dass der Stockwerkeigentümer vertraglich verpflichtet wird, dem Käufer auf dessen Wunsch hin einen Abstellplatz einzuräumen, sofern er bisher über einen solchen verfügt hat (damit werden Sonderspekulationen hinsichtlich dieses Platzes verhindert); damit sollte dem Bestimmtheitserfordernis für die Eintragung im Grundbuch m.E. Genüge getan sein[43].

40 Zur Realobligation vgl. Meier-Hayoz, Syst. Teil, N 150 ff und dort zitierte Literatur.
41 Zur Rechtslage in Deutschland vgl. LG München I, 3.12.1970, DNotZ 1971, 624 und LG München I, 30.4.1971, DNotZ 1972, 676; Staudenmaier, 170 f sowie insbesondere zur grundbuchlichen Behandlung Diester, Rechtsfragen, N 158 ff.
42 Vgl. vorne § 11 II A 1 b.
43 So auch Staudenmaier, 171 für das deutsche Recht.

Wenn der Bauträger nicht schon am Anfang eine realobligatorische Zuordnung der Abstellplätze zu den Stockwerkeinheiten vornehmen will, kann er alle betreffenden Sondernutzungsrechte mit einer Eigentumswohnung verbinden, die er für sich behält (z.B. Verwalterwohnung). Will ein Käufer einen solchen erwerben, wird er am bisherigen Ort gelöscht und mit der betreffenden Eigentumswohnung verbunden; in praktischer Hinsicht wirkt sich dabei nachteilig aus, dass in Deutschland nach bisheriger Lehre Einstimmigkeit und in der Schweiz ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss erreicht werden muss. Ein Unsicherheitsfaktor besteht für die Stockwerkeigentümer überdies darin, dass im Falle der Zwangsvollstreckung gegen den Bauträger in seine Eigentumswohnung, mit der die Sondernutzungsrechte verbunden sind, alle Autoabstellplätze beschlagnahmt werden können.

Fehlt es in der Gemeinschaftsordnung an einer Regelung, ist eine solche durch Beschlüsse der Stockwerkeigentümer zu treffen. Weil inhaltlich über gemeinschaftliches Eigentum verfügt wird (Sondernutzungsrecht) und es sich nicht um einen Akt der gewöhnlichen Verwaltung (bzw. des ordnungsmässigen Gebrauchs)[44] handelt, bedarf dieser in Deutschland der Einstimmigkeit. In der Praxis wird diese jedoch meist nur schwer zu erreichen sein, weshalb es sich, trotz des Nachteils der frühzeitigen Zuordnung, empfiehlt, die Grundsätze in der Gemeinschaftsordnung zu verankern[45]. Demgegenüber genügt in der Schweiz die qualifizierte Mehrheit (ZGB 647b I, 712g III), ausser bei einer strengeren zwingenden Vorschrift oder bei einer vertraglichen Verschärfung der Quorumsbestimmungen[46].

bb) Eine Abänderung der Nutzungsordnung ist in Deutschland nur durch einen einstimmigen Beschluss möglich; gegen seinen Willen kann also einem Wohnungseigentümer ein Sondernutzungsrecht nicht entzogen werden. Das schweizerische Recht sieht das Einstimmigkeitserfordernis nur für die Abänderung der gesetzlichen Nutzungs- und Verwaltungsordnung vor (ZGB 712g II und ZGB 647 I); hingegen untersteht die Einräumung einzelner Sondernutzungsrechte der qualifizierten Mehrheitsbeschlussfassung. Die dem einzelnen Stockwerkeigentümer auf Grund des Reglementes eingeräumten Benützungsrechte können ihm also gegen seinen Willen entzogen werden[47], auch wenn sich die Regelung im Begründungsakt findet[48]. Dadurch erhält die Gemeinschaft eine erhebliche Flexibilität: Benötigt sie den Autoabstellplatz anderweitig, kann sie ihn dem Berechtigten entziehen. Betrachtet man die Interessen des einzelnen als schützenswerter, bleibt die Möglichkeit, eine Grunddienstbarkeit zu begründen[49] oder die Rechte dadurch zu sichern, dass vorgesehen wird, Beschlüsse der Stockwerkeigentümergemeinschaft auf Änderung des Reglementes hinsichtlich der Benutzungsrechte bedürften einer qualifizierten Mehrheit (entweder Einstimmigkeit oder Zustimmung des betroffenen Stockwerkeigentümers)[50].

44 Weitnauer/Wirths, § 15, N 2 sowie hinten § 12 IV 4 und 6.
45 Noack, 196.
46 Vgl. im einzelnen hinten § 12 IV 5.
47 F. Schmid, 17; Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 13.
48 Friedrich, ZBGR 1966, 330, 332.
49 F. Schmid, 17.
50 Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 13.

Die bevorstehende Revision des WEG in Deutschland ändert an dieser Rechtslage insoweit etwas, als für die Abänderung der Gemeinschaftsordnung in bestimmten Fällen (dazu gehören die Sondernutzungsrechte) lediglich eine Dreiviertelsmehrheit aller stimmberechtigten Wohnungseigentümer erforderlich ist; hingegen bleibt das Sondernutzungsrecht wohlerworben, denn es kann sowohl nach dem Vorschlag des Bundesrates (§ 10 II) wie der Bundesregierung (§ 29a) nur mit Zustimmung des Betroffenen entzogen werden[51].

Wegen der praktischen Schwierigkeiten bei der Abänderung der Gemeinschaftsordnung ist von der Lehre versucht worden, den Sondernutzungsrechts-Anspruch zu verselbständigen. Der BGH hat dieses – wenn auch nicht völlig unproblematische – Vorgehen, wie dargetan[52], mit einer eigenen Konstruktion gebilligt, indem er die Rechtsstellung der übrigen Wohnungseigentümer nur durch den Ausschluss vom Gebrauch und nicht durch die Personenbestimmung umschrieb. Damit wird sich künftig die Übertragung von Sondernutzungsrechten ("Verkauf") ohnehin auf eine Abtretungserklärung (vgl. BGB 398 f) beschränken.

c) Begründung einer Dienstbarkeit

Weil das Benutzungsrecht an einem gemeinschaftlichen Abstellplatz streng akzessorisch mit der Innehabung einer Stockwerkeinheit verbunden ist (durch die entsprechende Reglementsbestimmung wird es zum Inhalt des Sonderrechts), kann es nicht einem Dritten eingeräumt werden. Der Gemeinschaft ist es aber möglich, mit den Dritten einen Dienstbarkeitsvertrag abzuschliessen. Auch im Hinblick auf die Stockwerkeigentümer hat die Dienstbarkeit jedoch ihren Anwendungsbereich: Zwar wird man davon ausgehen müssen, dass das Sondernutzungsrecht die adäquate Regelungsform ist, doch kann dies – wie dargelegt[53] – nicht zur Unzulässigkeit der Dienstbarkeiten führen[54], weil diesen in bestimmten Fällen eine besondere Funktion zukommt: Gegenüber den in der Schweiz entziehbaren Sondernutzungsrechten räumen die Dienstbarkeiten den Stockwerkeigentümern eine wesentlich gefestigtere Stellung ein, indem sie, sofern die Errichtung nicht überhaupt auf unbestimmte Zeit erfolgt ist, erst mit Ablauf der vorgesehenen Dauer enden[55].

Das Benutzungsrecht an einem Autoabstellplatz lässt sich als persönliche Dienstbarkeit oder als Grunddienstbarkeit regeln; bei der letzteren muss das Erfordernis des Vorteils für das herrschende Grundstück vorliegen (ZGB 730; BGB 1019)[56], was jedenfalls dann zu bejahen ist, wenn das betreffende Grundstück eine Zufahrtsmöglichkeit oder eine direkte Wegverbindung zum Abstellplatz aufweist.

51 Zur Begründung vgl. Drucksache 8/161, 9 f, 13 f und Drucksachen 445/78 sowie 8/2444, je 14 ff.

52 Zur Begründung eingehend vorne § 10 II A.

53 Eingehend vorne § 10 II B.

54 Kritisch dazu Huber, ZBGR 1967, 190 und ZBGR 1972, 220; fragwürdig auch Staudenmaier, 171, wonach "theoretisch" eine Dienstbarkeit zugunsten eines Wohnungseigentümers begründet werden könne.

55 Vgl. Liver, Art. 730, N 62; F. Schmid, 17.

56 Die Vorteilsumschreibung ist aber im schweizerischen und im deutschen Recht nicht identisch (vgl. Liver, Art. 730, N 103 ff und Soergel/Baur, § 1019, N 4, 7).

Durch eine solche Dienstbarkeit auf gemeinschaftlichen Teilen werden alle Stockwerkeigentümer betroffen, indem ihnen ein Stück gemeinschaftlicher Nutzung entzogen wird. Deshalb bedarf die Begründung einer Dienstbarkeit der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer (ein in der Praxis häufig nur schwer erreichbares Quorum).

Wenn der Bauträger selber keine Stockwerkeinheit behält, kann zu seinen Gunsten eine persönliche Dienstbarkeit oder eine Grunddienstbarkeit, sofern er Eigentümer einer benachbarten Liegenschaft ist, begründet werden; damit wird ihm die Möglichkeit eingeräumt, die Garagenstellplätze zu vermieten. Immerhin fragt sich, ob er sich dadurch in gewissen Fällen nicht eine gegen Treu und Glauben verstossende Machtstellung innerhalb der Stockwerkeigentümergemeinschaft zu sichern versucht; jedenfalls dann, wenn die Käufer der Eigentumswohnungen an den Kosten der Finanzierung der Garagenstellplätze beteiligt sind, sollte diese vertragliche Ausgestaltung – schon aus wirtschaftlichen Überlegungen – ausscheiden[57].

d) Vermietung

Die Stockwerkeigentümergemeinschaft braucht jedoch die Autoabstellplätze weder in einem Sondernutzungsrecht noch in einem beschränkten dinglichen Recht abzugeben, sondern sie kann diese auch nur – auf Grund eines obligatorischen Vertrages – vermieten. Diese Tätigkeit bringt ihr zudem laufende Einnahmen zur Bestreitung der gemeinschaftlichen Kosten; die Verwaltung der Autoabstellplätze liegt zweifellos innerhalb des Bereichs, in dem sie beschränkt vermögensfähig ist (Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltungstätigkeit[58]).

Der Nachteil für die Stockwerkeigentümer liegt darin, dass sie bei einer solchen vertraglichen Ausgestaltung keine Sicherheit haben, tatsächlich einen Abstellplatz zu erhalten. Dieser Gefahr kann jedoch mit einer entsprechenden Konzipierung der Gemeinschaftsordnung bzw. des Reglementes entgegengewirkt werden: So lässt sich bestimmen, dass bei Bedarf (ein auslegungsbedürftiger Begriff) jeder Stockwerkeigentümer einen Abstellplatz zur Miete erhält (gewöhnlich werden ja mindestens gleich viele Abstellplätze wie Stockwerkeinheiten erstellt), je nach der Grösse der Wertquote auch zwei. Dadurch wird z.B. verhindert, dass ein unbeliebter Stockwerkeigentümer überhaupt keinen Platz mieten kann. Weiter lässt sich vereinbaren, dass z.B. an Dritte gar keine Abstellplätze oder nur ein gewisser Prozentsatz vermietet werden dürfen. Meist wird es überdies sinnvoll sein, wenn die Gemeinschaft einige Plätze als Besucherstellplätze behält. Geregelt werden muss ebenso, wer über die Vermietung entscheidet (Stockwerkeigentümerversammlung oder Verwalter).

57 So auch Staudenmaier, 171.
58 Weber, SJZ 1979, 117 ff; anders im deutschen Recht (vgl. § 4, N 32).

B Im Freien

1. Autoabstellplätze im Freien sind ein Teil des unbebauten Grundstücks und damit zwingend ein gemeinschaftlicher Teil (ZGB 712b II 1; WEG 1 V); eine Ausscheidung zu Sonderrecht ist unzulässig[59]. Angesichts der neueren Tendenzen in Deutschland besteht aber keine Sicherheit darüber, dass nicht die Sonderrechtsfähigkeit von Abstellplätzen im Freien eines Tages auch noch anerkannt wird[60]. Die vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten sind deshalb relativ gering: Es kommen die Einräumung von Sondernutzungsrechten, die Begründung von Dienstbarkeiten und die Vermietung in Frage.

Ein allenfalls dennoch ins Grundbuch eingetragenes Sonderrecht an einem Autoabstellplatz im Freien bleibt wirkungslos: Es fehlt nämlich in diesem Fall nicht nur an der Abgeschlossenheit des Raumes (im Gegensatz zur Schweiz handelt es sich in Deutschland lediglich um eine Soll-Vorschrift[61]), sondern an einem Raum überhaupt, so dass sich der Charakter von WEG 3 II als Soll-Vorschrift nicht beim Grundbucheintrag auswirken, die Eintragung den Mangel mithin nicht heilen kann[62]. Ebenso ist ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich[63].

2. Die Abgrenzung, ob ein Autoabstellplatz im Freien oder ein Garagenstellplatz vorliegt, kann im Einzelfall recht schwierig sein: Eine Garage im rechtlichen Sinne liegt erst vor, wenn es sich um einen abgeschlossenen Raum handelt, der – wie ein Gebäude – im Boden fest verankert ist. An einer Fahrnisbaute kann deshalb kein Sonderrecht begründet werden, denn dadurch erhielte der Stockwerkeigentümer am Boden dort, wo er seine nicht fest verankerte Garage aufstellt, ein gegen das zwingende Recht verstossendes Ausschliesslichkeitsrecht. Problematisch wird der Entscheid vor allem dann, wenn ein Stockwerkeigentümer z.B. eine Plastik-Konstruktion aufstellt: M.E. muss neben der grundsätzlich dreidimensionalen Abgeschlossenheit auch die feste Verankerung des Raumes und eine den Regeln der Technik entsprechende Bearbeitung des Garagenbodens (Kiesbett, Asphaltierung) vorhanden sein.

Die Sonderrechtsfähigkeit hängt weiter ab von der Umschlossenheit des Raumes: Entsprechend wie bei den Loggien und Balkonen ist zu prüfen, welche baulichen Gegebenheiten vorliegen und ob daraus leicht die Abgeschlossenheit fingiert werden kann bzw. ob Dritte ohne besondere Hindernisse die Garage betreten können. So ist etwa ein Autoabstellplatz im Freien und nicht eine Garage gegeben,

- wenn der Stellplatz nicht mindestens grundiert und überdacht ist sowie als Seitenwände kleine Mauerbrüstungen aufweist, wie sie für Parkhäuser üblich sind;
- wenn der Abstellplatz frei zugänglich ist, also nicht einmal eine Abschrankung vorhanden ist.

59 Vorne § 7 III A; vgl. auch Eggen, ZBGR 1972, 212 f.

60 Wohl bezeichnenderweise schreibt Noack (195): "Bis heute besteht Einigkeit ..." Erhebliche Bedenken meldet auch Diester (Rechtsfragen, N 150 ff) an.

61 Vorne § 8 II A 3.

62 Diester, NJW 1970, 1109 sowie Rechtsfragen, N 149: Wenn es an einem Raum überhaupt fehlt, nicht nur an der Abgeschlossenheit eines Raumes, ist der Eintrag nichtig.

63 OLG Karlsruhe, 27.1.1972, MDR 1972, 516.

III Autoabstellplätze auf einem selbständigen Grundstück

A Schaffung realen Einzeleigentums

Soweit das Grundstück entsprechend parzelliert werden kann, lassen sich einzelne Eigentumsrechte an Abstellplätzen im Freien und an reihenhausartig aneinandergebauten Garagenstellplätzen begründen. Jeder Platz ist dabei ein eigenes Grundstück. Um die Zufahrtswege sicherzustellen, bietet sich die Errichtung gegenseitiger Grunddienstbarkeiten an; bei Garagen wird dasselbe Vorgehen nötig sein, um das Recht auf Einrichtung und Erhaltung der gemeinschaftlichen Mauer, die Ableitung des Niederschlagswassers und das Recht an der etwaigen Wasser- oder Abwasserleitung zu regeln[64].

Des weitern muss auch hier genauer abgeklärt werden, ob den übrigen Stockwerkeigentümern ein Vorkaufsrecht eingeräumt werden soll und ob über den Einstellplatz nur einheitlich mit der dazugehörigen Stockwerkeinheit verfügt werden kann.

Der Vorteil einer solchen vertraglichen Ausgestaltung, sofern sie aus öffentlich-rechtlichen Gründen überhaupt möglich ist, liegt darin, dass der Garagenstellplatz der uneingeschränkten Verfügungsmacht durch den jeweiligen Eigentümer untersteht[65]; die Plätze lassen sich ohne weiteres tauschen, verkaufen oder vermieten; ein Vorkaufsrecht z.B. kann nicht für die ganze Garagengruppe, sondern nur für jedes Grundstück einzeln vereinbart werden. Ebenso ist die freie Belastungsmöglichkeit gegeben, wenn es auch nachteilig sein kann, dass die Stockwerkeinheit und der Garagenstellplatz auf verschiedenen Grundbuchblättern gebucht sind[66]. Der Vorzug der Mobilität geht aber dann wieder teilweise verloren und führt unter Umständen zu erheblichen Schwierigkeiten, wenn die Beteiligten eine Bindung an die Stockwerkeigentümergemeinschaft anstreben. Auch können den Stockwerkeigentümern finanziell Nachteile entstehen, falls der Bauträger die Garagenstellplätze vorerst zurückbehält: Die Möglichkeit der grösseren Auswahl wird nämlich meist mehr als kompensiert durch die Macht des Bauträgers, bei entsprechend grosser Nachfrage auch von Dritten den Preis für einen Stellplatz in die Höhe zu treiben oder ihn nur zu vermieten; ebenso können sich z.B. Komplikationen ergeben, wenn sich die Stockwerkeigentümer mit Mitgliedern einer anderen Gemeinschaft über die Begründung der notwendigen Grunddienstbarkeiten einigen müssen, weil der Bauträger zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Stellplatzverpflichtungen einen Teil der Plätze für jene Gemeinschaft verwenden will.

64 Staudenmaier, 173.

65 Noack, 194.

66 Nach einer Mehrzahl von Autoren ist in Deutschland aber eine grundbuchliche Zuschreibung des Garagenstellplatzes zum Wohnungseigentum zulässig (vgl. Bärmann/Pick, § 3, N 49 und die dort zitierte, auch abweichende Literatur; Staudenmaier, 173; Noack, 194).

B Bildung einer besonderen Gemeinschaft durch die Beteiligten

Die Stockwerkeigentümer können auch gemeinsam ein benachbartes Grundstück erwerben und darauf Garagenstellplätze einrichten. Sofern die räumlichen Voraussetzungen gegeben sind (Abgeschlossenheit, eigener Zugang, in Deutschland neu auch dauerhafte Markierung), lassen sich an den Stellplätzen Stockwerkeinheiten ausscheiden; andernfalls bilden die Beteiligten eine Miteigentümergemeinschaft oder eine andere Gesellschaftsform (v.a. eine einfache Gesellschaft). Intern kommt es dabei zu derselben Ausgestaltung, wie wenn die entsprechende Gemeinschaft Inhaberin einer Stockwerkeigentumseinheit ist[67].

Zu regeln sind etwa folgende Fragen:

- Verwaltung: Das Entstehen einer zweiten Stockwerkeigentümergemeinschaft, die gesondert verwaltet werden muss, kann sich negativ auswirken; es steht den Beteiligten der Garagenstellplätze aber frei, denselben Verwalter zu bestellen und die Durchführung der Versammlung an diejenige der Wohn-Stockwerkeigentümer anzuschliessen.
- Wenn es sich um eine Miteigentumsgemeinschaft oder eine andere Gesellschaft handelt, wird mit Vorteil der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft vertraglich beschränkt.
- Ebenso wird sich in der Schweiz für die Miteigentümergemeinschaft meist die Einschränkung des gesetzlichen Vorkaufsrechts empfehlen.
- Je nach den quantitativen Verhältnissen zwischen den Wohneinheiten und den Garagenstellplätzen erscheint die vertraglich vereinbarte Verpflichtung sinnvoll, über den Garagenanteil nur zugunsten derselben Person in demselben Verhältnis zu verfügen wie über das Wohn-Stockwerkeigentum.

C Eigentum eines Dritten

1. Sofern die Stockwerkeigentümer keinen Wert auf einen Eigentumstitel legen, kann das Grundstück, auf dem die Garagenstellplätze stehen, im Eigentum eines Dritten verbleiben. Normalerweise wird es sich dabei um den Bauträger selber handeln, der dann die Abstellplätze den Stockwerkeigentümern vermietet.

Auch diesbezüglich stellen sich dieselben Probleme, wie wenn der Bauträger die auf demselben Grundstück wie die Wohneinheiten liegende Garageneinheit sich selber zu Stockwerkeigentum zuscheidet und die Stellplätze vermietet[68]. Insbesondere wenn sich die Stockwerkeigentümer an den Finanzierungskosten beteiligen müssen, geniessen sie keine entsprechende Sicherheit; es erscheint deshalb in einem solchen Fall sachentsprechend, die Benutzungsrechte durch eine Grunddienstbarkeit zu sichern[69]. Zudem ist es sinnvoll, ein Vorkaufsrecht am Grundstück vorzusehen, damit die Garageneinheit nicht unvermutet in fremde Hände gelangt.

67 Eingehend dazu vorne § 11 II A 1 d.
68 Vgl. vorne § 11 II A 2 d.
69 So auch Staudenmaier, 173.

2. Ist den Stockwerkeigentümern an einer stärkeren Berechtigung gelegen (und ist der Grundstückseigentümer damit einverstanden), so drängt sich, soweit die Voraussetzungen dafür erfüllt sind[70], die Begründung einer Baurechtsdienstbarkeit (z.B. für die Tiefgarage) auf. Dabei ist eine subjektiv-dingliche Verknüpfung mit den Stockwerkeinheiten möglich[71].

70 Vgl. Isler, 26 ff, 107 ff.
71 Im einzelnen Eggen, ZBGR 1972, 209 f und Huber, ZBGR 1972, 220.

3. TEIL

Zum Inhalt der Gemeinschaftsordnung (Die schuldrechtliche Komponente)

1. Kap.

Die Gebrauchs- und Nutzungsregelung

§ 12 Zweckbestimmung und Gebrauchsregelung im allgemeinen

I Überblick über die gesetzliche Regelung

1. Die Stockwerkeigentümer bilden zusammen eine Rechtsgemeinschaft; dieses Gemeinschaftsverhältnis bestimmt ihre Rechte und Pflichten. Dabei soll ihnen einerseits eine möglichst alleineigentümerähnliche Stellung zukommen, während anderseits wegen der Nähe der Nachbarschaft die Rechte des einzelnen so eingeschränkt werden müssen, dass den anderen dieselben Rechte im gleichen Umfange zukommen können.

Überblickt man die gesetzliche Rechts- und Pflichtenstellung der Stockwerkeigentümer, so ergibt sich folgendes Bild[1]:

	Rechte	Pflichten
Verfügungen	Zulässig im allgemeinen Rahmen der Ausübungsbefugnisse des Eigentümers auf Grund des Eigentums- und Miteigentumsrechts, soweit nicht vertraglich weitere Verfügungs- und Verpflichtungsrechtsbeschränkungen vereinbart worden sind (ZGB 712c; WEG 12, 15).	
Gebrauch am Sonderrecht	Entsprechend den allgemeinen Eigentümerrechten im Rahmen des Bestimmungszweckes (Nichtbeeinträchtigung des gleichen Rechts der anderen Stockwerkeigentümer).	Verpflichtungen zum positiven Tun (Unterhaltspflicht und Pflicht zu bestimmtem Gebrauch) und zur Duldung (Rechte der anderen, Betretungsrecht des Verwalters).
Gebrauch der gemeinschaftlichen Teile	Gleiches Recht aller Stockwerkeigentümer auf Mitgebrauch und Mitbenützung (bei Früchten evtl. quotenmässig aufgeteiltes Vollrecht).	Beschränkung des Gebrauchs (Rechte der anderen); anteilsmässige Kostentragungspflicht.
Mitgliedschaftsrechte	Mitwirkung bei der Verwaltung des gemeinsamen Eigentums (v.a. Stimmrecht bei Anordnung entsprechender Massnahmen).	Duldung des Vollzugs der zulässigen Mehrheitsbeschlüsse; Beitragspflicht an die Lasten und Kosten.

1 Vgl. auch Bärmann/Pick, Vor § 13, N 33 ff.

2. Die gesetzliche Regelung der Rechts- und Pflichtenstellung der Stockwerkeigentümer ist vor allem im schweizerischen Recht wenig übersichtlich. Im Rahmen der einleitenden Regelung von Inhalt und Gegenstand des Stockwerkeigentums bestimmt ZGB 712a II, dass der Stockwerkeigentümer in der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung seiner eigenen Räume frei ist, jedoch keinem anderen Stockwerkeigentümer die Ausübung des gleichen Rechts erschweren und die gemeinschaftlichen Bauteile, Anlagen und Einrichtungen in keiner Weise beschädigen oder in ihrer Funktion und äusseren Erscheinung beeinträchtigen darf. Anschliessend wird die Pflicht des Stockwerkeigentümers statuiert, seine Räume so zu unterhalten, wie es zur Erhaltung des Gebäudes in einwandfreiem Zustand und gutem Aussehen erforderlich ist (ZGB 712a III). Unter dem Randtitel "Verfügung" schliesslich räumt das Gesetz den Stockwerkeigentümern die Möglichkeit ein, vertraglich zu vereinbaren, dass die Belastung einer Stockwerkeinheit mit einer Nutzniessung oder einem Wohnrecht sowie die Vermietung nur rechtsgültig ist, wenn dagegen keine Einsprache erhoben wird (ZGB 712c II). Eine Regelung des Gebrauchs und insbesondere der Nutzung der gemeinschaftlichen Teile fehlt überhaupt[2]; zwar ist im Randtitel zu ZGB 712g von der Verwaltung und Benutzung die Rede, doch verweist ZGB 712g I nach seinem Wortlaut nur für die Zuständigkeit zu Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen auf das Miteigentum[3]. Bei diesem einschränkenden Verweis muss es sich aber m.E. um ein Versehen des Gesetzgebers handeln; angesichts der Tatsache, dass einerseits eine spezielle Regelung des Gebrauchs und der Nutzung der gemeinschaftlichen Teile fehlt und anderseits das Stockwerkeigentum ein qualifiziertes Miteigentum ist, spricht wohl nichts dagegen, das Miteigentumsrecht auch im Bereiche des Stockwerkeigentums gelten zu lassen. Nicht zur Anwendung kommen kann dabei ZGB 646 III, der die Rechte des einzelnen an seinem Anteil regelt, weil in diesem Bereich die Sonderregelung (ZGB 712a II, 712c II) vorgeht. Nicht weiter helfen auch ZGB 647 bis 647e; der Randtitel erwähnt zwar die "Nutzungs- und Verwaltungsordnung", doch beschlägt der Inhalt der entsprechenden Artikel nur die Verwaltung. So verbleibt lediglich ZGB 648 ("Verfügung über die Sache"); gemäss Abs. I ist jeder Miteigentümer befugt, die Sache insoweit zu vertreten, zu gebrauchen und zu nutzen, als es mit den Rechten der andern verträglich ist; Abs. II bestimmt, dass es zur Veräusserung oder Belastung der Sache sowie zur Veränderung ihrer Zweckbestimmung der Übereinstimmung aller Miteigentümer bedarf, soweit diese nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart haben. Die finanziellen Pflichten der Stockwerkeigentümer sind demgegenüber wieder ausdrücklich geregelt, indem diese nach ZGB 712h I an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums und an die Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung Beiträge nach Massgabe ihrer Wertquoten zu leisten haben.

Die Regelung des WEG ist eingehender als diejenige des ZGB (WEG 13–17), ohne dass dabei jedoch Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer grundsätz-

2 ZGB 712a II a.E. nimmt nur eine bescheidene negative Abgrenzung vor, indem die Pflicht der Stockwerkeigentümer statuiert wird, die gemeinschaftlichen Teile nicht zu beschädigen und in ihrer Funktion sowie Erscheinung nicht zu beeinträchtigen.

3 In der Kompetenznorm zur Aufstellung eines Reglementes (ZGB 712g III) werden Verwaltung und Benutzung erwähnt, ohne dass sich aus dieser Bestimmung jedoch Konturen der Gebrauchsregelung ergäben.

lich getrennt worden wären. Ausgangspunkt ist WEG 13, wonach der einzelne im Bereiche seines Sondereigentums grundsätzlich die Stellung eines vollen Eigentümers hat (Abs. I) und zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums berechtigt ist (Abs. II). Systematisch in diesen Zusammenhang gehören WEG 16 I, der bestimmt, dass jedem Wohnungseigentümer ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil der Nutzungen des gemeinschaftlichen Eigentums gebührt, sowie die Sondervorschrift von WEG 17 (Anteil bei Aufhebung der Gemeinschaft). Schliesslich ist WEG 15 II und III ebenfalls diesem Regelungsbereich zuzuzählen, indem dort die Möglichkeit einer vom Gesetz abweichenden Gebrauchsordnung und der Anspruch des einzelnen auf Durchführung der Gebrauchsregelung vorgesehen sind. Grundbestimmung der Pflichten der Wohnungseigentümer ist WEG 14; es geht dabei um die nicht direkt finanziellen Verpflichtungen, die sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis ergeben (Unterhaltspflicht, Sorgfaltspflicht gegenüber den gemeinsamen Einrichtungen). Die Kostenbeitragspflicht ist in WEG 16 II geregelt; Sondervorschriften über Kosten enthalten WEG 16 III bis V.

3. Im folgenden kommen die Rechte und Pflichten der Stockwerkeigentümer im Rahmen von Nutzung und Gebrauch zur Sprache; die Regelung der Kostentragungspflicht ist dem nächsten Kapitel vorbehalten.

II Die Antinomie von Individual- und Gemeinschaftsinteressen

1. Die Rechte aller Stockwerkeigentümer sind hinsichtlich des Gebrauchs und der Nutzung qualitativ gleich: Das Recht zur Nutzung der eigenen Raumeinheit ist exklusiv und das Recht zum Mitgebrauch der gemeinschaftlichen Sache steht jedem einzelnen unabhängig von der Grösse seines Miteigentumsanteils und seines Sonderrechts zu[4].

Dass dieses Nebeneinander auf Grund der gleichen Rechte aber funktionieren kann, muss jeder Stockwerkeigentümer die Bestimmung des Ganzen respektieren, darf keiner die Rechte der anderen durch den Gebrauch der eigenen oder der gemeinschaftlichen Sache beeinträchtigen und sind Kollektivinteressen der Gemeinschaft nicht dem Nutzen eines einzelnen zu opfern[5]. Die Harmonisierung der verschiedenen Interessenlagen hat grundsätzlich der Gesetzgeber vorzunehmen. Dabei hat er einerseits darauf zu achten, dass die Ordnung im Hinblick auf die Anpassung an die sehr unterschiedlichen Stockwerkeigentümergemeinschaften flexibel bleibt, während anderseits ein nur subsidiär geltender gesetzlicher Interessenausgleich dadurch gefährdet werden kann, dass der wirtschaftlich stärkere Teil seine bessere Ausgangsposition auch rechtlich zu untermauern versucht.

2. Der Gesetzgeber hat die Antinomie, vor der er gestanden hat, indem nämlich der Stockwerkeigentümer seine Einheit gleich einem Alleineigentümer nutzen können soll, die Rücksichtnahme auf die gleichgerichteten Interessen der anderen Stockwerkeigentümer aber eine wesentliche Einschränkung der Herrschaft ver-

4 BayObLG, 21.3.1972, NJW 1972, 1286.
5 Bärmann/Pick, Vor § 13, N 12.

langt[6], grundsätzlich so gelöst, dass jedem einzelnen das ganze Gebrauchsrecht (ohne Beschränkung auf die Quotenbeteiligung) zusteht, und zwar der unmittelbare Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache (ZGB 648 I, WEG 13 II[7]); aus der Mehrheit der Gebrauchsrechte ergibt sich jedoch ihre Beschränkung[8], denn eine Rechtsgemeinschaft, wie sie die Stockwerkeigentümer bilden, ist nur existenzfähig, wenn eine gegenseitige Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen und damit eine Beschränkung der eigenen Rechte anerkannt wird.

Diese Grundsätze müssen sich auch in der Rechtsposition des einzelnen Stockwerkeigentümers niederschlagen. Beim einen Extremfall, der einstimmigen Beschlussfassung, ist jeder Gemeinschafter optimal geschützt, weil ohne seine Stimme keine Veränderung des gegebenen Rechtszustandes möglich ist (Vetorecht); beim anderen Extremfall, der einfachen Mehrheitsbeschlussfassung oder gar der Verwalterkompetenz, ist dafür die Gemeinschaft sehr flexibel und kann die Gebrauchsregelung ihren Bedürfnissen laufend anpassen. Diese Interessengegensätze hat der Gesetzgeber im konkreten Fall auszugleichen. In Deutschland hat er das Instrumentarium der Gemeinschaftsordnung (Einstimmigkeit) und der Hausordnung (einfache Mehrheit oder Verwalterkompetenz) geschaffen, wobei die Umschreibung der Rechtsposition des einzelnen je nach deren Bedeutung im einen oder andern Erlass zu erfolgen hat. Demgegenüber schiebt sich in der Schweiz zwischen den Begründungsakt und die Hausordnung noch das Reglement (qualifizierte Mehrheit nach Köpfen und Anteilen: ZGB 712g III).

Weil jeder Wohnungseigentümer an der gemeinschaftlichen Sache ein Mitbenutzungsrecht hat (als integrierender Bestandteil seiner Rechtsstellung), ist das WEG gezwungen, Beschränkungen dieses Rechts nur bei Einstimmigkeit zuzulassen; insoweit handelt es sich demgemäss um ein wohlerworbenes Recht, das dem einzelnen nicht gegen seinen Willen entzogen werden darf. Beispielsweise muss die Einräumung eines Sondernutzungsrechts an einem Autoabstellplatz im Freien einstimmig beschlossen werden, weil sonst die Rechtsposition des Nichtzustimmenden unzulässig beeinträchtigt würde. Dieser weite Rechtsschutz bringt jedoch – v.a. in grösseren Gemeinschaften – den Nachteil einer in praktischer Hinsicht nicht zu übersehenden Starrheit mit sich.

Demgegenüber reicht der Schutz des Stockwerkeigentümers in der Schweiz weniger weit: Einstimmig zu beschliessen ist nur die Ausscheidung von Sonderrecht; unzulässig ist weiter die Einräumung eines Sondernutzungsrechts an einem Gebäudeteil, von dem zwingend alle Gebrauch machen (z.B. Treppenhaus). Hingegen genügt für die Einräumung von Sondernutzungsrechten an anderen Teilen (z.B. Autoabstellplatz, Gartenanteil) die qualifizierte Mehrheit von ZGB 712g III, weshalb die überstimmte Minderheit trotz ihrer Opposition von der Benützung des betroffenen Teiles ausgeschlossen ist. Desgleichen muss der Stockwerkeigentümer damit rechnen (im Gegensatz zum deutschen Wohnungseigentümer), dass ihm die Gemeinschaft bei Bedarf das Sondernutzungsrecht wieder entzieht. Diese mit dem qualitativ umfassenden Mitgebrauchsrecht kaum systemkonform zu vereinbarende Ausgestaltung,

6 Vgl. Friedrich, SJK 1303, 1.
7 WEG 13 II spricht ausdrücklich von Mitgebrauch, nicht von Gebrauch.
8 Schneider, 77.

die auch im Gegensatz steht zur einstimmigen Beschlussfassung bei der Begründung von Dienstbarkeiten, hat jedoch den Vorteil einer gewissen Flexibilität der Gemeinschaft[9].

In beiden Rechtsordnungen ist ein Verzicht auf die Ausübung eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechts möglich, nicht aber auf das Recht als solches.

3. Eine Gebrauchsregelung der Gemeinschaft hat sich hinsichtlich des Ausmasses wie auch der Art und Weise des Gebrauchs auszusprechen:

- Weil das Gebrauchsrecht aller Stockwerkeigentümer auf die ganze Sache geht, das Ausmass des Gebrauchs sich also nach der Möglichkeit für alle, denselben Gebrauch machen zu können, bestimmt[10], müssen die konkret beabsichtigten Nutzungen einander gegenübergestellt werden: Wo die Benutzung durch den einen diejenige durch den andern normalerweise nicht ausschliesst (z.B. Treppenhaus), ist – im Rahmen des Üblichen – der gleichzeitige Gebrauch möglich; kann demgegenüber bei gewissen Einrichtungen (z.B. Waschmaschine) nur ein Stockwerkeigentümer in der gleichen Zeitspanne sein Mitbenützungsrecht ausüben, ist eine Turnusregelung einzuführen.
- Hinsichtlich der Art und Weise des Gebrauchs ist die Zweckbestimmung massgebend.

III Die Zweckbestimmung

1. Das WEG enthält keine ausdrückliche Vorschrift, die auf die Umschreibung einer Zweckbestimmung Bezug nehmen würde. Demgegenüber befasst sich das schweizerische Recht beim Miteigentum mit dieser Frage (ZGB 648 II): Es wird – abstrakt – festgestellt, dass – vorbehältlich einer anderen vertraglichen Regelung – eine Änderung der Zweckbestimmung der Einstimmigkeit bedarf[11]. Eine materielle Konkretisierung fehlt aber wie im deutschen Recht.

Dennoch kommt der Zweckbestimmung m.E. eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu: Schon psychologisch kann durch entsprechende Zielvorstellungen zum Ausdruck gebracht werden, "wo" die Stockwerkeigentümergemeinschaft "steht". Potentionelle Käufer oder Mitgründer wissen also um den groben Rahmen des künftigen Gemeinschaftsverhältnisses. Dieser ist Grundlage des Erwerbs einer Stockwerkeinheit und damit der Beteiligung in der Gemeinschaft. Ebenso entscheidend ist aber die Zweckbestimmung als Auslegungsrichtlinie in einzelnen Streitfragen. Obwohl es eine "typische" Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht gibt, hat der Gesetzgeber nur ein einheitliches Kleid zur Verfügung gestellt; den einen dürfte dieses aber zu eng, den anderen zu weit sein. Ob es sich um zwei Geschäftspartner handelt, die ein Bürohaus in der City aufteilen, oder um eine Erbengemeinschaft, die am

9 Zur Gebrauchsregelung eingehender hinten § 12 IV.

10 Meier-Hayoz, Art. 648, N 13; Haab, Art. 648, N 4; vgl. auch die deutschen Kommentatoren zu BGB 743 II.

11 Eingehend zur Definition des Zweckes (Umschreibung, Abgrenzung, Bedeutung, Anforderungen) im Hinblick auf den Verein (auf philosophisch-soziologischer Grundlage) Klaus, 106 ff (Leitsätze 138, 156, 160, 168, 177 f) und 212 ff.

väterlichen Haus Eigentumswohnungen begründet, oder um einen Generalunternehmer, der eine Grossüberbauung "im Grünen" plant, ist nicht auswirkungslos auf die Konzeption des Stockwerkeigentums. Stellen sich nun aber Zweifelsfragen oder gesetzliche Interpretationsprobleme, kann sich der Richter letztlich an der Zweckbestimmung der betroffenen Gemeinschaft orientieren und die teilweise abstrakten Gesetzesanordnungen – und die Lücken! – individualisieren.

Stockwerkeigentum ermöglicht die Benützung der Räume nicht nur zu Wohnzwecken, sondern ebenso zur Ausübung gewerblicher Tätigkeiten[12]. Es ist deshalb von grosser Wichtigkeit für den einzelnen, zu wissen, in welcher Art und Weise das Gebäude Verwendung finden darf; je nach dem Charakter der Belegung sind z.B. die Immissionen sehr unterschiedlich. Es ist deshalb sinnvoll, wenn vertraglich die Zweckbestimmung der Liegenschaft insgesamt oder, wenn sie keine einheitliche ist, für jedes Stockwerk festgelegt wird; weil sich hier die Interessen der Stockwerkeigentümer besonders intensiv gegenüberstehen können, bedarf es einer sorgfältigen Abwägung aller relevanten Gesichtspunkte, auch im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung[13].

2. Die Zweckbestimmung betrifft nicht nur den Mitgebrauch der gemeinschaftlichen Teile, sondern – praktisch in erhöhtem Masse für den einzelnen Stockwerkeigentümer – auch die Benutzungsmöglichkeiten der zu Sonderrecht ausgeschiedenen Einheit (z.B. Zulässigkeit der Ausübung einer gewerblichen oder beruflichen Verrichtung[14] sowie der Vermietung[15]). Auf Grund der Zweckbestimmung beurteilt sich auch, wie der Boden der Liegenschaft verwendet werden darf (z.B. Autoabstellplatz, Garten, Spielwiese usw.) und welche Tätigkeiten unter Umständen über den bestimmungsgemässen Gebrauch auf Grund des Charakters der Liegenschaft hinausgehen (z.B. Teppichklopfen, Wäscheaufhängen)[16]. Ausschlaggebend ist somit nicht der tatsächliche Gebrauch, sondern der der Natur der Sache entsprechende Bestimmungszweck[17].

Ob ein zu Stockwerkeigentum aufgeteiltes Gebäude zu unterschiedlichem Verwendungszweck ausgeschieden werden soll (gemischte Zweckbestimmung), lässt sich nicht allgemein sagen. Immerhin können in einem solchen Fall leichter Interessengegensätze auftauchen, bei denen die Stockwerkeigentümergemeinschaft überfordert ist (z.B. Kostenverteilung bei gewerblicher Nutzung, Zweckmässigkeit und Notwendigkeit gewisser gemeinschaftlicher Aufwendungen und Einrichtungen) und es wird eine erhöhte Rücksichtnahme der einzelnen Stockwerkeigentümer im Hinblick auf die Möglichkeit einer sinnvollen Zweckverfolgung durch die anderen nötig sein[18,19]. Deshalb mag die Forderung nach einer gleichmässigen Zusammensetzung

12 Vgl. ZGB 712b I; im deutschen Recht werden die nicht zu Wohnzwecken ausgeschiedenen Einheiten als Teileigentum bezeichnet, ohne dass damit ein rechtlicher Unterschied verbunden wäre (vgl. WEG 1 I, III, VI).

13 Friedrich, § 8, N 2 und N 4 sowie SJK 1304, 4; F. Schmid, 106; Hindermann, 62 f.

14 Dazu hinten § 13 II A.

15 Dazu hinten § 13 III A.

16 Vgl. auch die von Sprenger, 56 ff zum bestimmungsgemässen Gebrauch beim Mietvertrag angeführten Beispiele.

17 Bärmann/Pick, § 13, N 86; zu den Einzelheiten auch § 13, N 29 ff und N 44 ff.

18 Für die Stockwerkeigentümer, die im betreffenden Gebäude nur wohnen, ist die zu ertragende Belastung durch Immissionen meist grösser als in einem nur zu Wohnzwecken dienenden Haus; anderseits muss der Berufsausübende den anderen Stockwerkeigentümern vielleicht da-

der Bewohner bei reinen Einfamilienhäusern für ein klagloses Nebeneinander oft sinnvoll[20], wenn auch nicht immer zutreffend sein[21]. Bei grösseren Gebäuden wird sich der erstmalige Verkäufer (Bauherr) in einer einseitig aufgestellten Gemeinschaftsordnung ohnehin nicht bei der Auswahl der Käufer allzustark einschränken wollen; immerhin lassen sich durch die Umschreibung der Zweckbestimmung Anforderungen an die Person des Käufers stellen, die später als Kriterien bei der Beurteilung des wichtigen Grundes für die Verweigerung der Zustimmung zu einer Veräusserung beigezogen werden können (ZGB 712c III; WEG 12 II)[22].

3. Die – tatsächliche – Zweckbestimmung wird nach ZGB 648 zusammen mit den Verfügungen geregelt und deren Begründung sowie Änderung bedürfen deshalb einer einstimmigen Vereinbarung; dasselbe gilt auch gemäss WEG 10 II (Regelung des Verhältnisses der Wohnungseigentümer untereinander). Es ist deshalb von entscheidender Bedeutung, inwieweit die Nutzungsordnung geändert werden kann, ohne dass dies zugleich eine Änderung der Zweckbestimmung bedeutet. Die Abgrenzung hängt dabei von der Ausgestaltung des Einzelfalles ab: Je konkreter die Zweckbestimmung umschrieben ist, desto schneller handelt es sich bei einer Abweichung davon um eine Änderung der Zweckbestimmung; wird sie dagegen durch eine elastische Konturierung gekennzeichnet, kann man bei einer nicht grundlegenden Änderung noch von einer wichtigeren Verwaltungshandlung sprechen. Allgemein ist jedenfalls dann eine Zweckänderung gegeben, wenn die wirtschaftliche Art der Sache in einschneidender und grundlegender Weise geändert wird[23]. Eine völlige Umwandlung des Zweckes muss dabei nicht vorliegen; es reicht bereits aus, dass der bisherige hauptsächliche Zweck zu einem nebensächlichen umgestaltet wird[24]. Ob die Zweckänderung eine Verbesserung oder eine Verschlechterung des allgemeinen Zustandes mit sich bringt, ist irrelevant. Handelt es sich also beispielsweise gemäss der Zweckbestimmung um eine Wohnliegenschaft, bedarf es eines einstimmigen

durch entgegenkommen, dass trotz gewisser Umtriebe die Haustüre auch tagsüber geschlossen bleibt (mit den heutigen technischen Möglichkeiten, z.B. Schnappschloss, lassen sich die Umtriebe zudem minimalisieren).

19 Anderseits kann eine soziale Durchmischung ebenfalls Vorteile mit sich bringen. Insbesondere lassen sich hinsichtlich einzelner Stockwerkeinheiten Regelungen des Bestimmungszweckes treffen, indem z.B. festgelegt wird, dass gewerbliche Tätigkeiten nur im Erdgeschoss und im ersten Obergeschoss vorgenommen werden dürfen.

20 So Friedrich, ZBGR 1973, 138.

21 Eine Arztpraxis oder ein gediegenes Restaurant braucht auch in einer stillen Einfamilienhausgegend nicht unbedingt störend zu sein.

22 Nach Friedrich (ZBGR 1973, 138) dürfte es "schwerhalten, den erstmaligen Verkäufer darauf zu verpflichten, bei der Auswahl der Käufer gewisse Vorschriften zu beachten". Diese Formulierung ist zumindest missverständlich: Der erstmalige Verkäufer wird nur einer allzu engen Zweckumschreibung wohl nicht zustimmen und damit kommt sie auch nicht zustande; ist sie aber einmal vorgesehen, sind alle Stockwerkeigentümer daran gebunden und die Vertragsfreiheit (Abschlussfreiheit) insoweit eingeschränkt. Dabei handelt es sich, zumal freiwillig eingegangen, im Normalfall nicht um eine unzulässige Bindung; lediglich dann, wenn die Stockwerkeinheiten an Personen, welche die Anforderungen gemäss der Zweckbestimmung erfüllen, überhaupt nicht mehr verkäuflich sind (z.B. eine Autobahn ist unmittelbar neben dem Gebäude geplant), fragt es sich im Einzelfall, ob die Bindung nicht übermässig, gegen OR 20 (gute Sitten) oder ZGB 27 II (wirtschaftliche Bindung) verstossend, ist.

23 Bundesgericht, 6.6.1969, BGE 95 II 402 f; Meier-Hayoz, Art. 648, N 33; Schneider, 73 f.

24 Meier-Hayoz, Art. 648, N 33.

Beschlusses, um zukünftig die Hälfte des Hauses als Bürolokalitäten benutzen zu lassen. Hingegen liegt noch keine Zweckänderung vor, wenn in einer Liegenschaft, in der die Führung von Arztpraxen zulässig ist, auch die Eröffnung eines Anwaltsbüros erlaubt werden soll. Auszugehen ist also immer vom konkret umschriebenen Zweck des zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäudes.

Die Veränderung der Zweckbestimmung ist auch abzugrenzen von der baulichen Veränderung[25]; entweder genügt nämlich bei einer solchen bereits ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss (ZGB 647d I) oder Nichtbetroffene brauchen sich nicht zu beteiligen (ZGB 647e II; WEG 22 I Satz 2). Massgebend sind dabei die Umstände des Einzelfalles: Z.B. hat das OLG Stuttgart[26] die Umwandlung einer im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Grünfläche, die jahrelang als Trokken- und Kinderspielplatz verwendet worden ist, in Abstellplätze für Autos als wesentliche bauliche Veränderung qualifiziert[27].

4. Gemäss ZGB 648 II ist das Einstimmigkeitsprinzip für Zweckänderungen nicht zwingend: Die Stockwerkeigentümer können – einstimmig – auch eine andere Ordnung vereinbaren, z.B. das einfache Mehrheitsprinzip für die Änderung der Zweckbestimmung als ausreichend erklären. Diese Möglichkeit ist aber nicht unproblematisch[28]: Die Stockwerkeigentümergemeinschaft hat nur die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit des Gebäudes zum Zweck; deshalb erscheint ein Vetorecht gegenüber jeder grundlegenden Veränderung des Status quo als gerechtfertigt, zumal die Stockwerkeigentümer durch den Beitritt zur Gemeinschaft die herrschende Zweckbestimmung anerkannt – und als mit den eigenen Bedürfnissen übereinstimmend gebilligt – haben[29]. Kann die Zweckbestimmung jedoch lediglich durch einen Mehrheitsbeschluss geändert werden, geht der einzelne das Risiko ein, seine Einheit plötzlich gegen seinen Willen nicht mehr in der bisherigen Art und Weise benützen zu können[30]. Es fragt sich deshalb, ob nicht wenigstens insoweit ein Anspruch auf Erhaltung des bestehenden Zustandes gegeben ist, wenn die Rechtsstellung des einzelnen durch die Änderung der Zweckbestimmung übermässig eingeschränkt werden soll.

Soweit durch den Zweckänderungsbeschluss die Stockwerkeigentümergemeinschaft Aufgaben zu übernehmen hat, die über den Bereich der ihr zukommenden Verwaltungstätigkeit hinausgehen[31], kann ein entsprechender Versammlungsbeschluss beim Richter angefochten werden[32]. Problematisch ist die Rechtslage aber dann, wenn sich die Zweckänderung auf die Benutzung des Sonderrechts auswirkt (z.B. Einschränkung einer bisher gewerblich benutzbaren Liegenschaft auf ein reines Wohngebäude). Im Gegensatz zum Stockwerkeigentum hat der Gesetzgeber bei anderen Personenvereinigungen selber Grenzen der Zweckänderung statuiert: Bei der AG darf der Gesellschaftszweck nur abgeändert werden, wenn ein entspre-

25 So ausdrücklich WEG 22 I; aber auch kostspielige bauliche Massnahmen nach ZGB 647d und e können zu einer Zweckveränderung der Liegenschaft beitragen.
26 OLG Stuttgart, 26.5.1961, NJW 1961, 1359.
27 Vgl. weiter Bärmann/Pick, § 15, N 3–5 sowie KG, 31.8.1967, NJW 1968, 160 f und OLG Celle, 7.6.1967, MDR 1968, 48 f.
28 Vgl. auch Friedrich, § 8, N 9.
29 Dazu eingehender Schneider, 75; vgl. auch Liver, SPR V/1, 78.
30 F. Schmid, 107.
31 Weber, SJZ 1979, 117 f.
32 Hinten § 24.

chender Antrag – einseitig zwingend – mindestens zwei Drittel des Grundkapitals auf sich vereinigt (OR 648 I)[33]; für den Verein garantiert ZGB 74 die Unverletzlichkeit des Zweckes (Vetorecht des einzelnen)[34], wobei in der Lehre immerhin umstritten ist, ob diese Vorschrift zwingend aufzufassen ist oder nicht[35]. Eine direkte Heranziehung einer dieser Bestimmungen erscheint aber nur schwer möglich, weil die Stockwerkeigentümergemeinschaft (ohne eigentliche affectio societatis) grundsätzlich strukturelle Unterschiede zur AG und zum Verein (als juristische Personen) aufweist.

Weil somit bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft das Problem der Begrenzung der Zweckänderung offengeblieben ist, muss der Richter im Streitfalle m.E. eine unechte Lückenfüllung[36] vornehmen. Eine allgemeine Regel zu geben, fällt nicht leicht. An sich ist davon auszugehen, dass eine Zweckänderung für einen Stockwerkeigentümer einschneidende Folgen mit sich bringen kann; anderseits ist derjenige Stockwerkeigentümer nicht unmittelbar betroffen, dessen Vorstellungen beim Erwerb der Eigentumswohnung durch die Zweckänderung nicht tangiert werden (z.B. wenn er ohnehin nie daran gedacht hat, eine berufliche Tätigkeit darin aufzunehmen, weshalb ihn die Einschränkung auf Wohnzwecke nicht tangiert). Der Stockwerkeigentümer hingegen, der die Einheit mit dem Willen gekauft hat, z.B. ein Restaurant im Parterre zu betreiben, müsste einer späteren Zweckänderung, die ihm die Aufrechterhaltung des Betriebes verunmöglichen würde, zustimmen. Analog zur Einschränkung des Vereinszweckes wird nämlich durch eine solche Einengung der Benutzbarkeit der Stockwerkeinheit der Charakter der Stockwerkeigentümergemeinschaft so stark betroffen, dass die Zustimmung der unmittelbar Beteiligten – entsprechend der Änderung der Wertquoten (ZGB 712e II, WEG 6 I)[37] – unentbehrlich erscheint; deshalb müsste m.E. der Richter einen Zweckänderungsbeschluss, der einem Stockwerkeigentümer die weiterhin gleichartige Benutzung verunmöglicht, auf entsprechende Klage hin aufheben[38,39].

33 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 20, N 7, § 34, N 19.
34 Heini, 548; Bundesgericht, 13.12.1960, BGE 86 II 395.
35 Vgl. den eingehenden Literaturüberblick bei Klaus, 243 ff.
36 Dazu Meier-Hayoz, Einleitung, Art. 1, N 275 ff.
37 Vgl. dazu vorne § 9 III C 1 a.
38 Zu demselben Resultat kommt man, wenn eine Analogie der Zweckbestimmung zu den baulichen Massnahmen hergestellt wird: Unzulässig sind nämlich solche Vorhaben, die einem Miteigentümer den Gebrauch oder die Benutzung der Sache zum bisherigen Zweck erheblich und dauernd erschweren oder unwirtschaftlich machen (ZGB 647d II) bzw. sein Nutzungs- und Gebrauchsrecht dauernd beeinträchtigt wird (ZGB 647e II). Ob eine solche Analogie (vgl. Liver, SPR V/1, 78) oder eine Lückenfüllung vorgezogen wird, ist letztlich eine methodische Frage.
39 Nur anhangsweise sei vermerkt, dass sich die Problematik von ZGB 648 II im Stockwerkeigentum nicht nur bei der Veränderung der Zweckbestimmung, sondern auch bei der Veräusserung zeigt: Wenn mit einem Mehrheitsbeschluss die Liegenschaft gesamthaft verkauft werden könnte, würde dem dagegenstimmenden Stockwerkeigentümer die Einheit gegen seinen Willen entzogen, ohne dass etwa, wie beim Ausschluss, ein entsprechend fehlbares Verhalten vorliegen würde; der Betroffene könnte also durch die Mehrheit seines Anteils verlustig erklärt werden (Verfügung der Mehrheit über das Stockwerk des Nicht-Zustimmenden), was angesichts der Struktur der Stockwerkeigentümergemeinschaft (möglichst alleineigentümerähnliche Stellung des einzelnen) völlig sachwidrig erscheint (vgl. dazu auch Friedrich, § 47, N 23).

Weil in Deutschland eine Vorschrift über die Zweckbestimmung fehlt, kommt es darauf an, ob sich entsprechende Richtlinien in der Gemeinschaftsordnung oder in der Hausordnung finden. Soweit sie grundsätzlicher Natur sind, erscheint deren Statuierung in der Gemeinschaftsordnung als unentbehrlich; eine allfällige Abänderung bedarf deshalb nach heutigem Recht der Einstimmigkeit[40].

IV Die Gebrauchsregelung

1. Auch wenn bisher von "der" Gebrauchsregelung die Rede war, so handelt es sich doch nicht um einen einheitlichen Erlass; vielmehr beruhen die Normen auf sehr verschiedenen Rechtsquellen. In Frage kommen vier (bzw. fünf) organisatorische Grundlagen:

- Gemeinschaftsordnung (Einstimmigkeit);
- Reglement (nur in der Schweiz: qualifizierte Mehrheit);
- Hausordnung (einfache Mehrheit);
- Versammlungsbeschluss ad hoc;
- Richter.

Funktionell nicht in den Bereich der Gebrauchsregelung gehören die Zweckbestimmung und die baulichen Massnahmen:

- Die Zweckbestimmung ist, auch wenn sie sich in der Gemeinschaftsordnung findet, organisch der konkreten Regelung des Gebrauchs vorgegeben[41].
- Die baulichen Massnahmen können zwar die Gebrauchsregelung beeinflussen[42], doch beruhen sie auf einer anderen Rechtsgrundlage[43].

2. Fehlt es an einer Zweckbestimmung der Liegenschaft, sind die Stockwerkeigentümer bei der Ausgestaltung der Gebrauchsregelung weitgehend frei. Immerhin kann nur eine Nutzung vorgesehen werden, mit der angesichts der Lage und der Ausgestaltung des Gebäudes vernünftigerweise zu rechnen ist; die Grenze des Zulässigen dürfte überschritten sein, wenn in einer Einfamilienhaussiedlung eine Autoreparaturwerkstätte eingerichtet wird.

Ist eine Zweckbestimmung vorgegeben, umfasst die Gebrauchsregelung deren nähere Ausführungsbestimmungen; sie muss sich also an den von ihr abgesteckten Rahmen halten[44]. Weil sich die Gebrauchsregelung vornehmlich mit der Ordnung des normalen Gebrauchs gemäss der Beschaffenheit der gemeinschaftlichen Gebäudeteile befasst[45], wird sie häufig mehr Funktionseinschränkungen im Interesse

40 Eingehender dazu hinten § 12 IV 4.
41 Vorne § 12 III.
42 Vgl. das Beispiel hinten § 14 III B 2 am Ende.
43 Hinten § 17/18.
44 Vgl. § 12 IV 6.
45 Der ordnungsmässige Gebrauch ist systematisch zu trennen von der ordnungsmässigen Verwaltung (Weitnauer/Wirths, § 15, N 3; unklar Pick, NJW 1972, 1741 f), auch wenn beide Male die einfache Mehrheit zur Beschlussfassung kompetent ist.

aller als generelle Verbote (z.B. Benützung des Lifts, des Gartens, der Waschküche, der Garagen usw.[46]) enthalten.

3. Wie bereits allgemein dargelegt[47], hat der Gesetzgeber die Antinomie zwischen den Individualwünschen und den Gemeinschaftsinteressen zu lösen. Weil dies jedoch auf gesetzlicher Ebene nur sehr abstrakt geschehen kann, haben die Gemeinschaften jene Richtlinien weiter zu entwickeln und zu konkretisieren. Das Instrument dazu ist "die" Gebrauchsregelung; je nach der Bedeutung, der zeitlichen Dringlichkeit und der Funktionstüchtigkeit der Organe wird dies auf der einen oder anderen Stufe geschehen. Die Gebrauchsregelung hat sich dabei mit der Benützung und dem Gebrauch der gemeinschaftlichen Teile einerseits (Ausscheidung von Sondernutzungsrechten, gemeinsamer Gebrauch oder Nutzung im Turnus), mit den zu Sonderrecht ausgeschiedenen Stockwerkeinheiten anderseits zu befassen, denn die Gemeinschaft ist auch an Art und Weise der Verwendung von Sonderrecht interessiert.

Um ein erträgliches Zusammenleben im gemeinschaftlichen Gebäude sicherzustellen, besteht deshalb die Notwendigkeit, Sonderrechts- und Mitbenützungsbeschränkungen aufzustellen. Für diejenigen Fälle, die nicht ausdrücklich geregelt sind, müssen die bestehenden Vorschriften sinngemäss herangezogen werden. Dies wird sehr häufig der Fall sein, weil zwar einige Punkte (Berufsausübung, Haustierhaltung u.a.) geregelt werden können, nicht aber die unzähligen Fälle einer zu starken Beanspruchung von Individualrechten. Damit rückt auch der Begriff der Immission ins Blickfeld. Noch stärker als im allgemeinen Grundstücksrecht sind die Nachbarn (= Stockwerkeigentümer) zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet: Soweit eine berechtigte Nutzungsbefugnis besteht, hat der Nachbar eine Duldungspflicht; ist jedoch das Ausmass erreicht, bei dem der Beeinträchtigte eine Abwehrbefugnis erhält, trifft den Störer eine Unterlassungspflicht (ZGB 684; BGB 906)[48]. Untersagt sind materielle und immaterielle Immissionen (angesichts der Nähe des Zusammenlebens erhalten die letzteren eine besondere Bedeutung), soweit sie übermässig sind (Indizien sind die Schädlichkeit der Einwirkung, bemessen nach der Lage und Beschaffenheit der Liegenschaft bzw. dem Ortsgebrauch)[49]. Die Interessenabwägung hinsichtlich der Nachbarrechts- und Immissionsbeschränkungen schlägt beim Stockwerkeigentum – der Natur der Sache gemäss – stärker zugunsten der Nachbarn (Mitgemeinschafter) aus als beim freistehenden Alleineigentum, weil die Stockwerkeigentümer näher beieinander wohnen. Der Frage des Rahmens, in dessen Bereich

46 Bärmann/Pick, § 15, N 20.

47 Vorne § 12 II.

48 Bedeutung und genauere Ausgestaltung des Immissionsschutzes lassen sich vorliegend nicht im einzelnen abhandeln; zu verweisen ist insbesondere auf die eingehende und sehr subtile Kommentierung von ZGB 684 durch Meier-Hayoz (mit ausführlicher Literaturzusammenstellung auch für das deutsche Recht; vgl. ebenso Art. 679 des Kommentars von Meier-Hayoz); weiter auch Meier-Hayoz, Sachenrechtlicher Immissionsschutz, in: Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973, 406 ff. Die Auswirkungen der Immissionsbeschränkungen kommen vorliegend anhand einzelner Beispiele zur Sprache.

49 Im schweizerischen Recht hat der Beeinträchtigte nicht nur die Existenz einer Einwirkung, sondern auch die Übermässigkeit zu beweisen, während es im deutschen Recht dem Störer obliegt, den Beweis der Zulässigkeit einer Einwirkung durch den Nachweis ihrer Geringfügigkeit oder ihrer Ortsüblichkeit zu erbringen.

Immissionen noch zu dulden sind, kommt deshalb praktisch in der Stockwerkeigentümergemeinschaft eine ganz erhebliche Bedeutung zu[50].

4. Die oberste Stufe, in der sich die Gebrauchsregelung statuieren lässt, ist die – einstimmig zustande gekommene – Gemeinschaftsordnung.

a) Einstimmigkeit ist in der Schweiz insbesondere für den sachenrechtlich wirksamen Begründungsakt erforderlich; im schuldrechtlichen Bereich ist sie auf die Zweckbestimmung (vorbehältlich einer einstimmig vereinbarten anderen Regelung), die Abänderung der Zuständigkeit für die Anordnung von Verwaltungshandlungen und bestimmte wichtigere Sonderrechte beschränkt:

- Die Abänderung der gesetzlichen Zuständigkeitsvorschriften (ZGB 712g II) wird v.a. dann aktuell, wenn die Stockwerkeigentümergemeinschaft in gewissen Belangen eine erhöhte Flexibilität erreichen oder eine bestimmte Regelung (z.B. Begründung von Sondernutzungsrechten) auf Dauer hin konzipieren will; je nachdem drängt sich eine Erleichterung oder Verschärfung der Beschlussfassungsvorschriften auf.
- Einstimmigkeit ist weiter erforderlich für die Begründung eines Vorkaufs- oder Einspracherechts (gegenüber einer Veräusserung oder einer Gebrauchsüberlassung: ZGB 712c).

Im übrigen findet sich die Nutzungsordnung im Reglement (qualifizierte Mehrheit nach Köpfen und Anteilen). Dabei kommt es nicht darauf an, in welchem Erlass formell eine Vorschrift steht, sondern welchen Geltungsgrund sie hat: Handelt es sich um eine Reglementsangelegenheit, genügt die qualifizierte Mehrheit auch dann, wenn die Bestimmung im Begründungsakt steht[51].

b) Anders ist die Rechtslage in Deutschland: Alles, was die Gemeinschaft nicht der einfachen Mehrheitsbeschlussfassung überlassen will (bzw. vertraglich eine qualifizierte Mehrheit vorsieht), unterliegt dem Einstimmigkeitsprinzip. Dies gilt insbesondere zwingend für Gebrauchsregelungen, welche die Rechtsstellung des einzelnen tangieren (erhebliche Nutzungsbeschränkungen, Einräumung von Sondernutzungsrechten).

aa) Die erheblichen Nutzungsbeschränkungen befassen sich mit dem allgemeinen Gebrauch der zu Sondereigentum ausgeschiedenen Räume wie auch der gemeinschaftlichen Gebäudeteile. Dazu gehören etwa:

- Regelung der Frage des beruflichen und gewerblichen Gebrauchs der Stockwerkeinheit[52];
- Einschränkungen des Rechts, die Stockwerkeinheit zu vermieten und zu verpachten[53];
- Statuierung eines Konkurrenzverbotes;

50 Anhand konkreter Beispiele, z.B. anhand des Gebrauchs der zu Sonderrecht ausgeschiedenen Gebäudeteile (hinten § 13 I) oder des gewerblichen Gebrauchs einer Stockwerkeinheit (hinten § 13 II A), wird auf die Frage der Immissionsbeschränkungen zurückzukommen sein.

51 Vgl. Friedrich, ZBGR 1966, 330–332.

52 Hinten § 13 II A.

53 Hinten § 13 III A.

– Vorschriften hinsichtlich Haustierhaltung[54], Musikausübung, Hinweisschilder an der Aussenwand oder im Garten usw. (sofern die Kompetenz nicht auf eine andere Regelungsstufe verlegt wird).

bb) Von grösserer Bedeutung ist jedoch die Einräumung von Sondernutzungsrechten. Mit ihnen lässt sich dem einzelnen an denjenigen gemeinschaftlichen Teilen ein exklusives Nutzungsrecht einräumen, die nicht zu Sondereigentum ausgeschieden werden können. Bis 1973 galt dies insbesondere für die Garagenstellplätze; seit der Revision von WEG 3 II 2 beschränkt sich die Anwendungsmöglichkeit nun auf die Autoabstellplätze im Freien. Sondernutzungsrechte lassen sich aber auch an Gartenteilen, Dachterrassen usw. begründen. Durch Eintragung im Grundbuch werden solche Rechte zum Inhalt des Sondereigentums und gelten auch gegenüber den Rechtsnachfolgern.

Weil die gemeinschaftlichen Teile dem Mitgebrauch aller offenstehen, hat jeder Wohnungseigentümer das Recht, "den seiner Natur nach nicht in ideelle oder reale Bruchteile aufteilbaren Mitbesitz ... auszuüben, der zu Lasten einzelner Eigentümer auch nicht durch Mehrheitsbeschluss eingeschränkt werden darf"[55]. Eine Gebrauchsregelung, die einem Wohnungseigentümer den ausschliesslichen Gebrauch eines gemeinschaftlichen Teiles zuweist, darf deshalb nicht auf einem Mehrheitsbeschluss beruhen, weil – mangels Einstimmigkeit – die Zuweisung demjenigen, der nicht zugestimmt hat, gegen seinen Willen die bisherige Nutzung entzieht[56]. Das Einstimmigkeitsprinzip für die Einräumung von Sondernutzungsrechten ist also streng systemkonform[57]. Dieselben Grundsätze gelten im übrigen auch für die seltener zu verwendenden Dienstbarkeiten[58].

Haben alle Wohnungseigentümer einem Gemeinschaftsmitglied einmal ein Sondernutzungsrecht begründet, darf es auch nur wieder einstimmig entzogen werden[59]: Das exklusive Nutzungsrecht wird damit zu einem wohlerworbenen Recht, weil es sich ohne Zustimmung des Betroffenen nicht mehr aufheben lässt. Durch Mehrheitsbeschluss ist aber nicht nur der Entzug unmöglich, sondern auch die Durchführung des Vorhabens, einen bisher allen dienenden Raum einem einzelnen zuzuweisen und den Mitberechtigten einen kleineren Raum zur Verfügung zu stellen[60]. Hinsichtlich des Bestandes wirkt deshalb das Sondernutzungsrecht dienstbarkeits-

54 Hinten § 13 II B.

55 BayObLG, 9.10.1973, NJW 1974, 153.

56 So auch BayObLG, 9.10.1973, NJW 1974, 153; Weitnauer/Wirths, § 15, N 2; Pick, NJW 1972, 1742 f; a.A. KG, 3.9.1971, NJW 1972, 691.

57 Die Entschädigung, die normalerweise für die Einräumung des Sondernutzungsrechts zu zahlen ist, erscheint nicht als "Ersatz", weil es sich dabei gar nicht um eine der Gemeinschaft zustehende Verwaltungstätigkeit handelt. Interessant ist, dass m.W. die Frage der Entschädigung in der Lehre weiter nicht diskutiert wird: Weil jeder Wohnungseigentümer qualitativ das gleiche Mitbenutzungsrecht hat, müsste der Betrag an sich kopfmässig verteilt werden; meist dürfte aber in der Praxis das Geld in die Gemeinschaftskasse fliessen, was eindeutig denjenigen begünstigt, den auf Grund seiner Wertquote die grösste Kostentragungspflicht trifft.

58 Zur Verwendungsmöglichkeit von Dienstbarkeiten vorne § 10 II B.

59 Soergel/Baur, § 15, N 3; OLG Hamburg, 5.12.1975, NJW 1976, 1457 f, je mit weiteren Verweisen.

60 BayObLG, 10.11.1961, NJW 1962, 493.

ähnlich[61]. Diese streng formale Betrachtungsweise, die sich an die tatsächliche Mitgebrauchsmöglichkeit aller hält, bewirkt also für den einzelnen einen starken Schutz seiner Rechtsstellung, kann aber die Gemeinschaft in ihrer Tätigkeit nicht unwesentlich beschränken. Angesichts der Tatsache, dass v.a. in grösseren Gemeinschaften ein einstimmiger Beschluss nur sehr schwer zu verwirklichen ist, erscheint die mangelnde Flexibilität besonders dann unbefriedigend, wenn die Gemeinschaft selber am fraglichen gemeinschaftlichen Teil die Nutzung beanspruchen möchte.

Diese wenig flexible Rechtslage hat dazu geführt, dogmatisch einen Weg zu suchen, der es ermöglichen würde, die Sondernutzungsrechte ohne erheblichen Aufwand zu übertragen: Teilweise wird in Lehre und Rechtsprechung davon ausgegangen, die Sondernutzungsrechte seien verkäuflich, weil es sich um einen schuldrechtlichen Anspruch handle oder weil die anderen Wohnungseigentümer in ihrer Rechtsstellung nicht tangiert würden. Diese Ansicht ist neuerdings vom BGH geteilt worden[62]; auch wenn sie nicht als unproblematisch erscheint, wird man künftig doch davon ausgehen können, dass zur Übertragung eines Sondernutzungsrechts die Zustimmung der direkt Betroffenen genügt (Abtretung gemäss BGB 398).

Die geplante Revision des WEG wird an diesem Rechtszustand ebenso eine gewisse Änderung bringen: Sowohl der Bundesrat (§ 10 II)[63] wie die Bundesregierung (§ 29a)[64] gehen davon aus, dass Abänderungen der Gemeinschaftsordnung – jedenfalls in gewissen Bereichen, hinsichtlich derer die beiden Entwürfe nicht völlig übereinstimmen – mit einer Dreiviertelsmehrheit der stimmberechtigten Wohnungseigentümer möglich sein sollen; dies hat den Vorteil, dass "Bettelaktionen" um Stimmen, auch bei einem nur kleinstberechtigten Wohnungseigentümer, überflüssig werden. Hingegen hat der Betroffene dem Entzug eines Sondernutzungsrechts jedenfalls zuzustimmen (er kann also nicht zum ablehnenden Viertel gehören); das Sondernutzungsrecht behält deshalb den Charakter eines wohlerworbenen Rechts.

5. Für den Erlass des Reglementes hat der schweizerische Gesetzgeber die qualifizierte Mehrheit nach Köpfen und Anteilen vorgesehen (ZGB 712g III); eine entsprechende Vorschrift kennt Deutschland nicht, doch kann dieses Quorum für Fragen, die nicht dem Einstimmigkeitsprinzip unterliegen, vertraglich vereinbart werden. In den Bereich des Reglementes fallen nun die Sondernutzungsrechte, sie gehören nicht zum wesentlichen Bestand des Begründungsaktes; auch wenn deren Einräumung an bestimmte Stockwerkeigentümer in ihm geregelt wird, gilt – ausser bei einer anderslautenden Vereinbarung – das Quorum von ZGB 712g III[65]. Diese Zuständigkeitsvorschrift gilt ebenso für die Abänderung einer solchen Gebrauchsordnung (d.h. die Entziehung des Sondernutzungsrechts). Die schweizerische Regelung ist deshalb relativ flexibel: Wenn die Gemeinschaft an einem gemeinschaftlichen Teil, an dem ein Sondernutzungsrecht zugunsten eines Stockwerkeigentümers begründet worden ist, ein Interesse hat, kann sie ihn – mit der qualifizierten Mehr-

61 Weitnauer/Wirths, § 10, N 15.
62 Eingehender vorne § 10 II A.
63 Zur Begründung Drucksache 8/161, 9 f, 13 f.
64 Zur Begründung Drucksachen 445/78 und 8/2444, je 14 ff.
65 Es spielt keine Rolle, wo – formell – eine bestimmte Frage geregelt ist, sondern es kommt auf ihre innere Qualifikation an. Weil es sich bei der Begründung von Nutzungsrechten um eine Regelungsmaterie des Reglementes handelt, bedarf auch die allfällige Verankerung im Begründungsakt nicht der Einstimmigkeit (vgl. Friedrich, ZBGR 1966, 323, 330–332).

heit – an sich ziehen. Diese Rechtslage beeinträchtigt jedoch den Bestandesschutz für den einzelnen: Er vermag sich, sofern er nicht über das nötige Minderheitenquorum verfügt, einer Entziehung nicht zu widersetzen[66]. Ebenso sind Wertminderungsansprüche ausgeschlossen. Diese "Rücknahmemöglichkeit" ist aber als Korrelat dazu nötig, dass – aussergewöhnlicherweise (systemwidrig) – einem Gemeinschafter auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses gegen seinen Willen ein Teil des umfassenden Mitgebrauchsrechts entzogen wird[67].

Wenn dem Schutzgedanken des einzelnen mehr Gewicht beigemessen werden soll, drängen sich vertragliche Sonderbestimmungen auf[68]:

- Die Stockwerkeigentümer können für die Entziehung von Sondernutzungsrechten eine stärker qualifizierte Mehrheit vorsehen, z.B. die Einstimmigkeit oder wohl besser – um eine vollständige Fixierung und Starrheit zu vermeiden – die Zustimmung des betroffenen Nutzungsberechtigten; die Interessen der Gemeinschaft lassen sich dadurch schützen, dass vereinbart wird, eine Verweigerung der Zustimmung sei bei deren überwiegendem Bedarf unbeachtlich[69].
- Statt eines Sondernutzungsrechtes kann eine Grunddienstbarkeit – im Gegensatz zu den Sondernutzungsrechten aber nur einstimmig – begründet werden; diese ist während der vertraglich vorgesehenen Dauer nicht entziehbar[70].

6. Die Gebrauchsordnung des Alltags erfolgt durch Mehrheitsbeschlussfassung, und zwar entweder generell in der Hausordnung (bzw. einem entsprechenden Erlass) oder konkret in einem Versammlungsbeschluss ad hoc.

a) Der Mehrheitsbeschlussfassung steht aber nur – in der deutschen Terminologie – die ordnungsmässige Gebrauchsregelung offen; was im Einzelfall darunter zu verstehen ist, richtet sich nach dem Gesamtcharakter und der Beschaffenheit der Liegenschaft sowie den Umständen des Regelungsanliegens.

Für die Schweiz fragt sich im besonderen, ob die Gebrauchsregelung im Reglement oder in der Hausordnung zu erfolgen habe: Für das Reglement spricht die Beständigkeit (qualifizierte Mehrheit nach Köpfen und Anteilen), für die Hausordnung die Anpassungsfähigkeit (einfache Mehrheit). Ein Reglement wird zwar durch allzuviele Detailbestimmungen unübersichtlich, doch ist die Regelung in der Hausordnung dann nicht bedenkenfrei, wenn diese vom Verwalter aufgestellt wird. Bei grundsätzlicheren Fragen wird man jedenfalls die Verankerung der Gebrauchsbe-

66 F. Schmid, 17; Notariatsinspektorat Zürich, Mitteilung Nr. 20, 13.

67 Als missbräuchlich müsste denn auch ein Mehrheitsbeschluss bezeichnet werden, der einem Gemeinschafter das Sondernutzungsrecht an einem gemeinschaftlichen Teil einräumt, auf dessen Mitgebrauch ein anderer unbedingt angewiesen ist.

68 Eine Verstärkung der Stellung des einzelnen ist aber deshalb nicht unproblematisch, weil sich damit der Entzug der Mitgebrauchsmöglichkeit an einem gemeinschaftlichen Teil gegenüber dem Nicht-Zustimmenden perpetuieren lässt, was nicht nur dem Wesen des Stockwerkeigentums widerspricht, sondern auch die strengen Anforderungen der Wertquotenänderung (vgl. vorne § 9 III) durch einen Umgehungsweg gefährdet.

69 Zwar werden durch eine solche Ausgestaltung unter Umständen Konfliktherde geschaffen, die der Richter schliesslich schlichten muss; m.E. kann diese Situation aber nicht umgangen werden, will man nicht die Individualinteressen der einzelnen oder die mögliche Willkür der Gemeinschaft bei der Entziehung von Sondernutzungsrechten übergewichten.

70 Vgl. etwa die beispielhafte Durchspielung der verschiedenen Möglichkeiten bei den Garagen und Autoabstellplätzen (vorne § 11 II A 2 c).

stimmungen im Reglement verlangen müssen. Dies ist besonders dann der Fall, wenn in der Gemeinschaftsordnung eine Zweckbestimmung der Liegenschaft fehlt oder diese nur sehr vage umschrieben ist. Werden z.B. relativ immissionsarme berufliche und gewerbliche Tätigkeiten nicht untersagt, so kann es nicht der Hausordnung obliegen, Richtlinien festzulegen, welche Aktivitäten unter diese Umschreibung fallen würden und welche nicht; in diesen Fragen muss sich ein Stockwerkeigentümer nicht nur von Anfang an einigermassen darüber im klaren sein, was ihn erwartet, sondern er soll auch vor unliebsamen Überraschungen geschützt werden, die durch einen zufälligen einfachen Mehrheitsbeschluss zustande kommen können. Hingegen lassen sich die Angelegenheiten des alltäglichen Lebens in der Hausordnung regeln: Faktisch geht es dabei darum, dass sich die Stockwerkeigentümer durch die Art und Zeit des Gebrauchs nicht gegenseitig beeinträchtigen (z.B. Turnus-Benützung der Waschmaschine).

b) Weil sich das schweizerische Recht mit der Gebrauchsregelung materiell im allgemeinen nicht befasst[71], fehlen auch tragende Richtungsgrundsätze. Demgegenüber bestimmt WEG 15 III, dass die Gebrauchsordnung dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer und dem billigen Ermessen entsprechen müsse. Daraus ergibt sich, dass die konkrete Regelung einerseits die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit im Auge zu behalten hat, anderseits zu einer relativen Gleichbehandlung aller Gemeinschafter[72] verpflichtet ist; diese Grundsätze müssen m.E. im übrigen auch für das schweizerische Recht gelten. Das "billige Ermessen"[73] zielt wohl vornehmlich auf die Begrenzung der Machtstellung und -ausübung durch eine Mehrheit ab und gibt dadurch inhaltliche Bestimmungsrichtpunkte (Interessenausgleich als Leitlinie beim Erlass der Gebrauchsregelung); damit wird, auch wenn es sich nicht um einen eigentlichen Missbrauch handelt, die Gestaltungsfreiheit der Mehrheit zugunsten der Rücksichtnahme auf die Minderheit eingeengt; praktisch wirksam wird diese Beschränkung v.a. bei einem richterlichen Eingriff. Im schweizerischen Recht kann mangels einer entsprechenden Rechtsgrundlage nur auf ZGB 2 zurückgegriffen werden[74].

Als Beispiele, die den Rahmen der ordnungsmässigen Gebrauchsregelung übersteigen, lassen sich etwa aufführen[75]:

- Zulassung einer lärmigen gewerblichen Tätigkeit in einem Wohnhaus[76];
- grundsätzliches Verbot des Vermietens der Einheit[77];
- vollständiges Musikausübungsverbot;
- Verbot jeglicher Abänderung der Inneneinrichtung;
- Ausschluss vom Mitgebrauch gemeinschaftlicher Teile[78];

71 Vorne § 12 I.
72 Hueck, 28 ff.
73 In Deutschland kennt – im Gegensatz zur Schweiz – bereits das bürgerliche Recht eine entsprechende Bestimmung (BGB 315); die Rechtsprechung dazu lässt sich beiziehen.
74 Merz, Einleitung, Art. 2, N 178.
75 Bärmann/Pick, § 15, N 23 f; Weitnauer/Wirths, § 15, N 3; Soergel/Baur, § 15, N 5.
76 Das AG Wuppertal (25.10.1976, Rechtspfleger 1977, 445 f) hat entschieden, dass sogar das Betreiben eines Gartengrills auf dem Balkon durch Mehrheitsbeschluss nicht regelbar sei.
77 Dazu hinten § 13 III A 2.
78 BayObLG, 21.3.1972, MDR 1972, 607 f.

- Einräumung und Entziehung von Sondernutzungsrechten[79];
- Stillegung einer Liftanlage oder einer gemeinschaftlichen Gasleitung aus Ersparnisgründen[80];
- Einschränkung einer während längerer Zeit geduldeten Nutzung (z.B. neues Verbot für Klavierunterricht)[81].

Durch Mehrheitsbeschluss ist hingegen zu regeln:

- Öffnungszeit der Haustüre[82];
- Schliessen der Kellerfenster[83];
- turnusgemässe Benützung der gemeinschaftlichen Anlagen (z.B. Waschmaschine);
- Anforderungen an die Haustierhaltung.

c) Ein Mehrheitsbeschluss ist auch für die überstimmte Minderheit verbindlich, wenn sie ihn nicht anficht. Hält sich ein Stockwerkeigentümer nicht daran, kann er gemahnt werden; befolgt er die Mahnungen nicht, besteht die Möglichkeit des Ausschlusses. In diesem Verfahren könnte nicht nur nachgeprüft werden, ob der fehlbare Stockwerkeigentümer die Bestimmungen der Gebrauchsordnung tatsächlich verletzt hat, sondern auch, ob sie allenfalls nichtig sind (nicht aber, ob sie anfechtbar gewesen wären).

Wenn die Gebrauchsregelung in der Hausordnung festgehalten wird, so kann der Verwalter, sofern er die Kompetenz dazu eingeräumt erhalten hat, die notwendigen konkreteren Zusatzbestimmungen erlassen; ebenso kann er überhaupt zur Aufstellung der Hausordnung ermächtigt werden. Unzulässig wäre es aber m.E., der Gemeinschaft das Recht zur Nachprüfung abzuschneiden, z.B. durch eine Klausel, die den Ausschluss der Abänderbarkeit der Hausordnung durch die Versammlung vorsieht; eine solche Anordnung (der Verwalter wäre in der internen Gebrauchsregelung weitgehend ungebunden) führt nämlich zu einer sittenwidrigen Knebelung und einer Aushöhlung des Eigentums.

d) Umfasst eine zu Stockwerkeigentum aufgeteilte Liegenschaft mehrere Gebäude, so ist gewöhnlich ein Teil der Gebrauchsregelung nur von den Bewohnern desjenigen Hauses, das sie betrifft, auszuarbeiten (z.B. Benützung der Waschküche). Aus der Gesamtheit aller Stockwerkeigentümer erlässt somit der betroffene beschränkte Kreis (Untergemeinschaft[84]) die spezielle Gebrauchsregelung im Zusammenhang mit der Kostentragungspflicht und den Verwaltungsrechten (v.a. Stimmrecht).

7. In die Gebrauchsregelung kann schliesslich auch der Richter eingreifen. Dazu bestehen zwei Möglichkeiten:

a) Jeder Stockwerkeigentümer hat Anspruch darauf, dass die durch Gesetz, Gemeinschaftsordnung, Reglement, Hausordnung und Versammlungsbeschlüsse zustande gekommene Gebrauchsregelung auch eingehalten wird bzw. dass auf einer unteren Stufe nichts gegen einen übergeordneten Erlass Verstossendes vereinbart

79 Vorgehend Ziff. 5 b.
80 BayObLG, 26.3.1976, Rechtspfleger 1976, 291.
81 Soergel/Baur, § 15, N 3.
82 LG Wuppertal, 30.5.1972, Rechtspfleger 1972, 451 ff.
83 OLG Karlsruhe, 21.4.1976, MDR 1976, 758.
84 Vorne § 8 IV D.

wird. Die widersprechenden Rechts- oder Tathandlungen sind entsprechend beim Richter anzufechten. In Frage kommen dabei auch allgemeine Rechtsgrundsätze, z.B. Treu und Glauben (ZGB 2; BGB 242) und insbesondere das Prinzip des billigen Ermessens (WEG 15 III).

b) Eine grössere Bedeutung hat WEG 15 III im Hinblick darauf, dass keine Gebrauchsregelung besteht: Der einzelne Wohnungseigentümer kann nämlich die richterliche Herbeiführung einer solchen verlangen. In Abweichung von ZPO 253 ist sogar ein unbestimmter Antrag auf Bestimmung eines angemessenen Gebrauchs zulässig, der die Entscheidung in das Ermessen des Gerichtes stellt[85]. Das billige Ermessen erweist sich deshalb nicht nur als Leitlinie bei der Ausarbeitung einer Gebrauchsregelung in der Versammlung, sondern ebenso bei der Gestaltung durch den Richter: Der Interessenausgleich verlangt, dass die anderen Wohnungseigentümer dem Antragsteller einen zulässigen Gebrauch gestatten und dass sie sich selber in den Schranken des erlaubten Gebrauchs halten[86]; der Richter hat deshalb eigentumsfremde Beschränkungen zu vermeiden[87].

Ein entsprechender Anspruch fehlt im schweizerischen Recht. Weil es sich jedoch beim Erlass der Gebrauchsregelung um eine Verwaltungsmassnahme handelt, besteht für den einzelnen immerhin die Möglichkeit, solche Anordnungen vom Richter zu verlangen, die sich im Hinblick auf den gemeinschaftlichen Gebrauch der Sache als notwendig erweisen (ZGB 647 II 1)[88]. Sind die Voraussetzungen dazu nicht erfüllt, bleibt es bei der subsidiären gesetzlichen Regelung, wonach die gemeinschaftlichen Sachen auch gemeinsam zu benützen sind und dass beim Gebrauch des Sonderrechts derselbe der anderen Stockwerkeigentümer nicht beeinträchtigt werden darf.

Es könnte sich noch fragen, ob der Anspruch des einzelnen, dass ein Reglement aufgestellt wird (ZGB 712g III), mit Hilfe des Richters bis in alle Einzelheiten durchsetzbar ist. Wenn der Richter nur die entsprechende Aufforderung erlässt und die übrigen Stockwerkeigentümer untätig bleiben, fehlt es weiterhin an einer Gebrauchsregelung und es würde sich lediglich unter Umständen deren Schadenersatzpflicht für materielle Einbussen ergeben. Ch. Müller bejaht deshalb, wenn auch ohne nähere Begründung, die Möglichkeit einer Gestaltungsklage[89]. Soll also der Richter selber die Bestimmungen des Reglementes formulieren (vielleicht etwa 50 an der Zahl) oder hat er darüber zu befinden, ob ein eingereichter Entwurf des betreffenden antragstellenden Stockwerkeigentümers angemessen ist? Aus den Materialien und der Literatur ergeben sich keine Anhaltspunkte; die sich dabei stellenden Probleme sind also verfahrensrechtlich in keiner Weise gelöst. Es mag deshalb als weiterer Diskussionsvorschlag der Gedanke dienen, durch die Heranziehung eines extensiv verstandenen Treu und Glauben-Grundsatzes den Richter zu ermächtigen, die Pflichten der übrigen Stockwerkeigentümer insoweit unter dem Gedanken des Interessenausgleichs zu konkretisieren, als sie dem Antragsteller jedenfalls einen vernünftigen konkreten Gebrauch der gemeinschaftlichen Teile gestatten müssen und sich selber in den

85 Soergel/Baur, § 15, N 9; Palandt/Bassenge, § 15, N 3; Weitnauer/Wirths, § 15, N 6.
86 Vgl. auch Weitnauer/Wirths, § 15, N 5.
87 Bärmann/Pick, § 15, N 27.
88 Im einzelnen hinten § 17 II A.
89 Ch. Müller, 76.

Schranken des erlaubten Gebrauchs halten[90]. Eine Lösung der aufgeworfenen Fragen wird wohl erst ein Entscheid der höchstrichterlichen Rechtsprechung bringen können.

§ 13 Gebrauch und Nutzung am Sonderrecht

I Allgemeines

1. Im Bereiche der dem einzelnen zu Sonderrecht ausgeschiedenen Stockwerkeinheit ist dieser grundsätzlich allein berechtigt; er kann die anderen vom Gebrauch an solchen Gebäudeteilen ausschliessen, soweit sie nicht einen besonderen Rechtsgrund geltend machen können. WEG 13 I spricht denn auch ausdrücklich davon, dass der einzelne mit den "im Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen nach Belieben verfahren" kann. In der Verwaltung, Benutzung und baulichen Ausgestaltung der eigenen Räume ist jedoch der Stockwerkeigentümer nur insoweit frei, als dies mit den Interessen der Gemeinschaft und mit den qualitativ gleichen Rechten der anderen Stockwerkeigentümer vereinbar ist[1]. Obwohl also der Stockwerkeigentümer möglichst weitgehend die Stellung eines Alleineigentümers haben soll, darf er dennoch nicht die Rechte der anderen gefährden oder erschweren[2]. Zwar schliesst sich WEG 13 aufs engste an den Wortlaut von BGB 903 an, doch ergeben sich aus der Natur der Sache Beschränkungen, die in positiver und negativer Hinsicht nicht unerheblich davon abweichen[3]. Man wird deshalb davon ausgehen müssen, dass die Begriffsverwendung "nach Belieben verfahren, insbesondere ... bewohnen, vermieten, verpachten oder in sonstiger Weise nutzen" weniger rechtliche Bedeutung hat, als dass sie einen optischen Eindruck vom Inhalt des Rechts wiedergibt. Das Sonderrecht beinhaltet also das – auf Grund des Gemeinschaftsverhältnisses – vertretbare Höchstmass an individueller Freiheit[4]. Die Schranken des Gesetzes oder der Rechte Dritter sind in einem intensivierten Nachbarschaftsverhältnis wie der Stockwerkeigentümergemeinschaft näher beim Kernbereich als bei BGB 903[5,6].

a) Die ausschliessliche Benutzung seiner Stockwerkeinheit ist das wichtigste Recht des Stockwerkeigentümers[7]. Vorbehältlich einer besonderen Regelung braucht er seine Wohnung auch nicht selbst zu benutzen; ebenso erscheint, wenn in der Gemeinschaftsordnung über die Art der Benützung nichts gesagt ist, jede Verwendung, also zu Wohn- oder geschäftlichen Zwecken, als zulässig, sofern sie mit dem allgemeinen Grundsatz vereinbar ist[8].

90 Weber, ZBGR 1979, 176.
1 Vgl. Friedrich, § 6 Abs. 1; Magnenat, 61 ff.
2 Friedrich, § 6, N 1 und § 7, N 2.
3 Bärmann/Pick, Vor § 13, N 5.
4 Hauger, 180.
5 Weitnauer/Wirths, § 13, N 3.
6 Zum Verhältnis von WEG 13 und BGB 903 eingehend Bärmann/Pick, § 13, N 9 ff.
7 Liver, SPR V/1, 92.
8 Friedrich, § 8, N 2; vgl. auch Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 20.

Grundsätzlich ist jede Form des Gebrauchs von zu Sonderrecht ausgeschiedenen Gebäudeteilen untersagt, "die geeignet wäre, Gebrauch und Nutzungen der gemeinschaftlichen Sachen und Dienste über die Grenzen des eigenen Anteils hinaus herbeizuführen, mit der Folge, dass den anderen Miteigentümern der Gebrauch und die Nutzung der gemeinschaftlichen Sachen und Dienste in uneingeschränktem Rahmen ihres Rechtes unmöglich gemacht wird"[9]. Nur die "normalerweise" zu erwartende Nutzung einer Eigentumswohnung ist zu dulden[10]; die Störungen müssen auf das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Mass beschränkt werden, wobei hinsichtlich der Beeinträchtigungen das Urteil des gewöhnlichen (korrekten und loyalen) Durchschnittsmenschen, die Anpassung an die ortsüblichen Gegebenheiten und die mögliche Verwendung fortgeschrittener technischer Hilfsmittel massgebend sind[11]. Als Beispiele übermässiger Immissionen können etwa genannt werden[12]:

- Rauch, Geräusch und Lärm in übermässiger, unzumutbarer Form (erheblich, nicht ortsüblich[13]);
- Feuchtigkeit, Wasser, Schmutz;
- Erschütterungen, Vibrationen.
- In Frage kommen aber auch Beeinträchtigungen weniger körperlicher als moralischer oder gesundheitlicher Art, z.B. Bordelle, Dirnenwohnungen, Krankenhäuser[14].
- Nicht grundsätzlich untersagt, wohl aber beschränkt werden kann die Musikausübung[15]; unzulässig ist auch ein generelles Verbot des Musizierens an Samstagen, Sonn- und Feiertagen, besonders wenn den Betroffenen unter der Woche die Zeit dazu fehlt. Hingegen kann die Musikausübung in der Hausordnung auf bestimmte Tageszeiten beschränkt werden.

Trotz der gegenüber einem Alleineigentümer etwas eingeschränkteren Rechtsstellung des Stockwerkeigentümers dürfen nicht die Grundsätze des Dienstbarkeitsrechts unbesehen als Auslegungsrichtlinien übernommen werden. Ein Vergleich mit dem civiliter uti des Dienstbarkeitsrechts (ZGB 737 II[16]) ist nur beschränkt möglich, weil es bei diesem Gebot der schonenden Rechtsausübung um zwei qualitativ ungleich berechtigte Rechtssubjekte (belasteter Eigentümer und Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts) geht, während die Stockwerkeigentümer als Miteigentümer gleichberechtigt sind; ebenso sind die Stockwerkeigentümer bei der Rechtsausübung nicht auf die gewöhnlichen Bedürfnisse im Sinne von ZGB 781 II beschränkt[17]. Immerhin gilt das Gebot der schonenden Rechtsausübung – in ver-

9 Bärmann/Pick, § 13, N 37 (ähnlich auch N 44).
10 Es sind ZGB 684/BGB 906 f entsprechend anzuwenden.
11 Vgl. Bärmann/Pick, § 13, N 158 ff.
12 Überblick bei Bärmann/Pick, § 13, N 174 ff; Friedrich, § 7, N 8.
13 Es sind die analogen Auslegungskriterien wie bei der Ortsüblichkeit im Mietrecht herbeizuziehen (vgl. Eckhart Pick, Vermietungsrecht von Wohnungseigentum und Ortsüblichkeit, BlGBW 1969, 127).
14 Moralische Beeinträchtigungen dürfen jedoch nicht überbewertet werden: Soweit Tätigkeit und Wohnort einer Dirne in der Öffentlichkeit nicht weiter bekannt sind und die Beeinträchtigung, auch was die Umtriebe betrifft, nicht übermässig ist, sollte kaum von Unzumutbarkeit gesprochen werden.
15 Vgl. im einzelnen Bärmann/Pick, § 13, N 54, 58, 60 und § 15, N 9; Weitnauer/Wirths, § 21, N 14 und § 15, N 3; Diester, Rechtsfragen, N 197–199.
16 Dazu Liver, Art. 737, N 3, 43 ff.
17 Dazu Leemann, Art. 781, N 41 ff.

schiedener konkreter Ausgestaltung – für jede Gemeinschaft, insbesondere zur Bekämpfung des Missbrauchs eingeräumter Macht[18].

b) Der Stockwerkeigentümer hat weiter das Recht auf alleinige Verwaltung seiner Stockwerkeinheit. Gegen seinen Willen kann ihm dieses Recht nicht entzogen werden; hingegen kann er auf die Ausübung des Rechts (nicht aber auf das Recht als solches) verzichten. Das intensivierte Nachbarschaftsverhältnis unter den Stockwerkeigentümern bringt als Einschränkung jedoch mit sich, dass der Verwalter als Vertreter der Gemeinschaft die Stockwerkeinheit betreten darf, soweit dies zur ordnungsmässigen Verwaltung notwendig ist[19]; ebenso muss der Gemeinschaft ein richterlich anzuordnendes Ersatzvornahmerecht zustehen, wenn der Stockwerkeigentümer seinen Unterhaltspflichten hinsichtlich der zu Sonderrecht ausgeschiedenen Gebäudeteile nicht nachkommt[20].

c) Schliesslich ist der Stockwerkeigentümer auch in der baulichen Ausgestaltung seiner eigenen Räume frei. Weil Bauteile, welche die äussere Gestalt und das Aussehen des Gebäudes bestimmen, nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden können (ZGB 712b II 2), kommt nur ein den persönlichen Bedürfnissen und Vorstellungen entsprechender Innenausbau in Frage. In Betracht zu ziehen sind etwa[21]:

- Beseitigung von nichttragenden Zwischenwänden oder Unterteilung von Räumen;
- Anbringen von Boden- und Deckenbelägen, neue Farbanstriche;
- Anbringen von zusätzlichen sanitären und elektrischen Installationen;
- Einbau von Möbelstücken, beim gewerblichen Stockwerkeigentum Einrichtungen zum Betrieb einer Werkstätte oder eines Ladens.

Nicht beeinträchtigt werden dürfen jedoch Stabilität, Sicherheit und architektonisches Aussehen des Gebäudes; deshalb kann ein Stockwerkeigentümer allein keine An- und Aufbauten vornehmen[22].

Zu beachten ist jedoch, dass fest mit dem Gebäude verbundene Inneneinrichtungen (sofern ihnen also die Bestandteilseigenschaft zukommt[23]) wegen des Akzessionsprinzips ins Miteigentum aller Stockwerkeigentümer fallen (ZGB 642); erst mit der Abtrennung lebt das Alleineigentum des betreffenden Stockwerkeigentümers wieder auf.

Die Wertquote ändert sich jedoch wegen eines kostspieligen Innenausbaues nicht; hingegen wirkt sich die bauliche Ausgestaltung bei der Veräusserung und hypothekarischen Belastung aus; zudem kann der Stockwerkeigentümer, wenn er nicht eine spezielle Zusatzversicherung abgeschlossen hat, verpflichtet werden, einen erhöhten Prämienanteil zu bezahlen (ZGB 712m I 6[24]).

2. Eine vertragliche Erweiterung der Rechte der Stockwerkeigentümer erscheint nicht möglich, weil das Gesetz ihnen bereits eine möglichst alleineigentümerähnliche

18 Meier-Hayoz/Zweifel, 389 ff, v.a. 390 f sowie Merz, Einleitung, Art. 2, N 326.
19 Ausdrücklich in WEG 14 4; dasselbe muss aber auch für das schweizerische Recht gelten (vgl. die ähnliche Regelung für das Mietrecht in OR 256 I).
20 OR 98 I; deutsche ZPO 887 (vgl. dazu von Tuhr/Escher, 90 ff).
21 Friedrich, § 7, N 5; Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 20.
22 Zum Aufstockungsrecht hinten § 19 I.
23 Meier-Hayoz, Art. 642, N 9 ff.
24 WEG 21 V 3 sieht eine "angemessene" Versicherung vor; dabei können auch konkrete Umstände berücksichtigt werden.

Stellung einräumt, die nur von den zwingenden Vorschriften sowie den Rechten Dritter[25] begrenzt ist.

3. Hingegen ist eine vertragliche Einschränkung der Rechte denkbar und in den meisten Stockwerkeigentümergemeinschaften üblich. Je nach der Zweckbestimmung der Liegenschaft sind v.a. die Nutzungsrechte Objekt vertraglicher Regelungen. Dabei kann es sich um kleinere Beschränkungen (z.B. Musikausübung nur zu bestimmten Tageszeiten) oder aber auch um recht erhebliche Eingriffe in die Eigentümerstellung handeln (z.B. Verbot gewerblicher und beruflicher Tätigkeiten sowie Verbot der Haustierhaltung[26]).

Als Beschränkung der Verwaltungsrechte ist die Vereinbarung der Ersatzvornahme ohne vorherige richterliche Ermächtigung, jedoch nach vorangegangener Anzeige durch den Verwalter möglich. Da ein solcher Eingriff jedoch relativ schwerwiegend ist, erscheint die Einräumung eines Anfechtungsrechts einer solchen Verwalterverfügung zuhanden der Stockwerkeigentümerversammlung als sinnvoll[27]. Weiter kann dem Verwalter die Kompetenz eingeräumt werden, Massnahmen ebenfalls im Bereiche des Sonderrechts zu treffen, wenn sie keinen Aufschub erdulden. Auch die Einschränkung der täglichen Verwaltung ist nicht ausgeschlossen (z.B. dadurch, dass der Verwalter auf Hinweis des betroffenen Stockwerkeigentümers die notwendigen Schritte einleitet, wie etwa die Bestellung der Handwerker, oder dadurch, dass der Verwalter bei einem zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Appartement-Hotel zeitweise die Vermietung der Wohnungen übernimmt). Hingegen erscheint die Übertragung der Verwaltung auf den Verwalter der Gemeinschaft[28] zweifelhaft, zumindest wenn sie generell und ohne Konkretisierung erfolgt; weil der Stockwerkeigentümer ohnehin nur auf die Ausübung seines Rechts, nicht auf das Recht selber verzichten kann[29], muss er wenigstens in den Umrissen die Rechtsabtretung erkennen können[30,31].

Als Einschränkung des Rechts des Stockwerkeigentümers auf die bauliche Ausgestaltung seiner Einheit kann der Entzug der Möglichkeit, selbständig bauliche Veränderungen vorzunehmen, einstimmig (es handelt sich um eine Einschränkung der Eigentümerbefugnisse, die ohne Zustimmung aller Betroffener nicht möglich ist) vereinbart werden[32]; insbesondere wird es sich dabei um ein Verbot des Niederreissens nichttragender Zwischenwände oder der Unterteilung von Räumen handeln.

25 Diese Dritten können natürlich auf die Ausübung bzw. Geltendmachung ihrer Rechte verzichten.

26 Dazu eingehend hinten II A und B.

27 Friedrich, § 9, Abs. 3 und 4 sowie N 5 f.

28 So Friedrich, § 6, N 12.

29 Diesen Unterschied scheint Friedrich zu übersehen.

30 Das analoge Erfordernis hinreichender Bestimmtheit wird bei der Abtretbarkeit künftiger Forderungen verlangt; entsprechend kann auch beim Stockwerkeigentum davon ausgegangen werden, dass eine zu weitgehende Beschränkung der Betätigungsfreiheit gegen die guten Sitten (OR 20, BGB 138) und das Persönlichkeitsrecht verstösst (von Tuhr/Escher, 350; Bundesgericht, 13.3.1958, BGE 84 II 366 f).

31 Die weiter gehende Übertragung der Verwaltungsrechte auf den Verwalter der Gemeinschaft ist auch deshalb nicht empfehlenswert, weil seine ohnehin meist sehr starke Stellung nur noch weiter gestärkt wird.

32 Friedrich, § 6, N 12.

4. Entsprechend dem Gebrauchs-, Verwaltungs- und inneren Gestaltungsrecht obliegt die Instandhaltung der Eigentumswohnung dem Stockwerkeigentümer; er hat eine Unterhaltspflicht (ZGB 712a III; WEG 14 1). Nur für die Kosten der gemeinschaftlichen Teile kommt die Gemeinschaft auf (ZGB 712h I; WEG 21 V 2 i.V.m. 21 I). Das deutsche Recht unterscheidet zwischen Instandhaltung (Erhaltungskosten, um eine Verschlechterung des Zustandes zu verhindern; Erhaltung der Sache in bestmöglichem Zustand) und Instandsetzung (Beseitigung einer eingetretenen Verschlechterung); rechtlich besteht aber zwischen diesen beiden Begriffen kein Unterschied. Neben der Verpflichtung, alle notwendigen Vorkehren zu treffen, um die eigene Stockwerkeinheit in einem den Stabilitätsanforderungen entsprechenden und dem guten Aussehen des Gebäudes dienlichen Zustand zu erhalten (positive Leistungspflicht), ist der Stockwerkeigentümer – auch ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift auf Grund des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses – verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Erhaltung oder das Aussehen des Gebäudes beeinträchtigen könnte[33]. So hat beispielsweise ein Stockwerkeigentümer eine defekte elektrische Installation zu beheben, um allfälligen Brandgefahren entgegenzutreten; ebenso hat er es zu unterlassen, beliebig Löcher in die Böden und Decken zu bohren, durch die gemeinschaftliche Leitungen leck werden könnten[34]. Kommt der Stockwerkeigentümer seinen Verpflichtungen nicht nach, kann er schadenersatzpflichtig werden[35].

Die Unterhaltspflicht ist nicht zwingenden Rechts[36]; ihr Bereich kann eingeengt (z.B. dadurch, dass die Gemeinschaft auch Kosten von Verwaltungshandlungen bestreitet, die das Sonderrecht betreffen) oder erweitert werden (z.B. Pflicht zur Duldung von Leitungen, die nur einem einzelnen Stockwerkeigentümer dienen). Vertraglich ist jedoch darauf zu achten, dass sowohl die Verpflichtungen zu einem Tun wie zu einem Dulden und Unterlassen genau konkretisiert werden, damit nicht später im Einzelfall darüber Streitigkeiten auftreten.

5. Weil in der Praxis durch eine einseitig aufgestellte Gemeinschaftsordnung häufig weitgehende Nutzungsbeschränkungen hinsichtlich des Sondereigentums die Rechtsstellung des Wohnungseigentümers erheblich eingeschränkt haben, ist vom Bundesrat im Rahmen der neuesten Novellierungsbemühungen des WEG vorgeschlagen worden, Nutzungsbeschränkungen nur noch aus einem wichtigen Grund zuzulassen und die Verweigerung der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer von einem wichtigen Grund abhängig zu machen[37]. Auch die Bundesregierung strebt eine eingrenzende Regelung der Nutzungsbeschränkungen an, doch geht sie in der konkreten Ausgestaltung weniger weit:

33 ZGB 712a II betrifft die Unterlassungspflicht hinsichtlich der gemeinschaftlichen Teile, ZGB 712a III die positive Leistungspflicht in bezug auf die Sonderrechtsteile; demgegenüber ergibt sich die Unterlassungspflicht aus WEG 14 I e contrario, indem der einzelne nur einen Gebrauch von der Einheit machen kann, der die gleichen Rechte der anderen nicht tangiert.

34 Vgl. im einzelnen Bärmann/Pick, § 14, N 27 ff; Weitnauer/Wirths, § 14, N 2; Friedrich, § 9, N 1 ff; Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 21.

35 Weitnauer/Wirths, § 13, N 13 ff; Egon Schneider, Schadenersatzklagen des Sondereigentümers, NJW 1960, 276 f.

36 Weitnauer/Wirths, § 14, N 1.

37 Drucksache 8/161, 6, 17 f (formell handelt es sich um einen neuen Art. 13 II).

"Auf eine Vereinbarung über Gebrauchsbeschränkungen für das Sondereigentum kann sich ein Wohnungseigentümer nur berufen, soweit
1. die Vereinbarung lediglich einen ordnungsmässigen Gebrauch regelt, welcher der Beschaffenheit der in Sondereigentum stehenden Gebäudeteile und des gemeinschaftlichen Eigentums entspricht, oder
2. eine der Vereinbarung widersprechende Nutzung ein anderes Wohnungseigentum mehr als nur unwesentlich beeinträchtigt oder
3. ein wichtiger Grund vorliegt"[38].

Die Reaktionen auf die Revisionsvorschläge sind zwar nicht generell auf Ablehnung gestossen[39], doch wird – mit Ausnahme weniger am Entwurf teilweise mitbeteiligter Autoren[40] – im übrigen vornehmlich Zurückhaltung geübt[41]. Auch wenn es einem allgemein verfolgten Ziel entspricht, dem Wohnungseigentümer die Rechtsstellung eines Eigentümers soweit wie möglich zu erhalten, wird vor einer gesetzgeberischen Überbewertung des Problems der Nutzungsbeschränkungen gewarnt, zumal die Rechtsprechung z.B. in der Frage der Vermietungsbeschränkungen bereits wegweisend das Vorliegen eines wichtigen Grundes verlangt hat[42].

Die Problematik jeder Regelung in diesem Punkt liegt in ihrer Unbestimmtheit. Nutzungsbeschränkungen sind nur dann gerechtfertigt, wenn sie im wohlverstandenen Interesse der Gemeinschaft aller Wohnungseigentümer stehen. Es besteht deshalb eine direkte Relation zwischen der Einschränkung der eigenen Nutzung und dem Schutz vor einer nachteiligen Nutzung durch die anderen. Bestimmt wird dieses Schutzbedürfnis durch die Eigenart und Zweckbestimmung des Hauses. Die Berechtigung und Angemessenheit von Nutzungsbeschränkungen beurteilt sich dementsprechend nach dem Einzelfall; unter diesem Gesichtspunkt betrachtet wäre deshalb der Vertragsgestaltungsraum der Wohnungseigentümergemeinschaften nicht allzustark einzuschränken.

Zwar ist der wichtige Grund ein unbestimmter Rechtsbegriff, doch lässt er sich, will man den Gemeinschaften nicht völlig freie Hand lassen, nicht vermeiden. Die Opposition gegen seine Verwendung dürfte denn auch nicht zuletzt darauf beruhen, dass ihm im Rahmen der Nutzungsbeschränkungen eine Sonderstellung zukommt: Es geht nicht wie im übrigen Recht um die Loslösung von dauerhaften Rechtsverhältnissen oder um einen besonderen Anlass für eine vom gesetzlichen Normalfall abweichende Regelung (Kennzeichnung eines Ausnahmetatbestandes), sondern um eine allgemeine, erst in Zukunft wirksame Rechtsbeschränkung. Deshalb ist gegenüber dem Entwurf des Bundesrates auch schon ein formaler Einwand anzubringen: Richtigerweise sind Nutzungsbeschränkungen zulässig, doch können sie nur aus wichtigem Grund geltend gemacht werden (nicht: Vereinbarungen sind nur aus wichtigem Grund zulässig). Einzuschränken ist also nicht die Begründung der Nut-

38 Drucksache 445/78, 4, 10 ff (der erwähnte Passus soll als Art. 15 II ins WEG eingefügt werden).
39 Am kritischsten wohl Zimmermann, 124 f.
40 Demharter, Rechtspfleger 1977, 47 f und Rechtspfleger 1978, 118; Werner Stadler, Das Ziel der Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 13 f.
41 Bärmann, Rechtspfleger 1977, 240; ders., 25 Jahre, 24 f.; Dieter Stephan, Die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes aus der Sicht der Rechtsprechung, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 67.
42 Vgl. hinten § 13 III A 3.

zungsbeschränkungen, sondern die Möglichkeit der Gemeinschaft, sich auf diese im konkreten Einzelfall zu berufen..

Kein letztlich durchschlagendes Argument ist m.E. die Infrageziehung der Praktikabilität einer solchen gesetzlichen Regelung: Der Entscheid über das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist zwar ein Ermessensspruch, wie er aber in vielen Bereichen sonst noch vorkommt; überdies ist zu erwarten, dass sich mit den Jahren aus der Rechtsprechung Richtlinien und Typisierungen ergeben. In der Frage der "unwesentlichen Beeinträchtigung" nach dem Vorschlag der Bundesregierung ist eine Anlehnung an BGB 906 denkbar.

Der Vorschlag des Bundesrates sieht die primäre Entscheidung durch den Verwalter vor; verweigert er die Zustimmung, ist die Wohnungseigentümerversammlung anzurufen und erst hernach das Gericht. Dieses Vorgehen könnte zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens führen; vor allem in grösseren Gemeinschaften, die überdies vielleicht nur schwer die Beschlussfähigkeit der Versammlung zustande bringen, scheint die direkte Anrufung des Richters gerechtfertigter. Ein Vergleich mit der schweizerischen Regelung, die einen Versammlungsbeschluss fordert (ZGB 712c III), ist deshalb kaum möglich, weil einer der Betroffenen vorgehen muss (Einsprache) und damit das Risiko trägt, und nicht der einzelne die Willenskundgebung der übrigen einzuholen hat.

Die Problematik des Entwurfes des Bundesrates (und teilweise auch der Bundesregierung) liegt m.E. aber vornehmlich in der generalisierten Formulierung: Es werden einfach alle Nutzungsbeschränkungen "gleichgeschaltet". Das Musizieren, die Haustierhaltung, die Berufsausübung und die Vermietung lassen sich jedoch kaum über einen Leisten schlagen. Dieser Betrachtungsweise kommt der Vorschlag der Bundesregierung insoweit entgegen, als Nutzungsbeschränkungen zulässig sind, die im Rahmen des ordnungsmässigen Gebrauchs und der Beschaffenheit der Anlage vereinbart werden; überdies darf es sich nicht um unwesentliche Beeinträchtigungen handeln. Im Sinne einer stärkeren Fixierung und Typisierung wären noch weiter zu fordern:

- besondere Regelung für bestimmte häufige und schwerwiegende Nutzungsbeschränkungen (z.B. Vermietung);
- stärkere Ausrichtung der Nutzungsbeschränkungen auf den Bestimmungszweck der Liegenschaft (z.B. erhöhte Berufsausübungsverbote in einem Alterswohngebäude).

II Besondere Gebrauchsrechte

A Gewerblicher und beruflicher Gebrauch

1. Der Stockwerkeigentümer soll nach den Intentionen des Gesetzgebers eine möglichst alleineigentümerähnliche Stellung einnehmen[43]. Aus der Natur der Sache er-

43 Vgl. die umfassende Umschreibung der Rechtsstellung in WEG 13 I, die sich an BGB 903 anlehnt; für die Schweiz BBl 1962 II 1468.

geben sich jedoch Beschränkungen, die zu einer nicht unwesentlichen Modifizierung der Rechtsstellung des Stockwerkeigentümers gegenüber dem vollen Eigentümer führen: Angesichts des Gemeinschaftsverhältnisses, das sich durch eine besondere örtliche Nähe der Stockwerkeigentümer zueinander auszeichnet, muss sich der einzelne mit Eingriffen in seine Eigentümerbefugnisse abfinden. Diese allgemeine Umschreibung der Rechts- und Pflichtenstellung spiegelt sich auch bei der Frage des gewerblichen und beruflichen Gebrauchs der Stockwerkeinheit wider.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es dem Stockwerkeigentümer freisteht, in seinen Räumen einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben, solange er daran nicht durch das Gesetz, einen Vertrag oder durch Eigentumsbeschränkungen in der Miteigentumsordnung gehindert ist. Auch wenn die Gewerbe- und Berufsausübung grundsätzlich erlaubt sind, unterliegen sie aber dennoch dem allgemeinen Gebot der Nichtbeeinträchtigung (ZGB 712a II; WEG 14); jeder Stockwerkeigentümer darf von seiner Einheit nur in solcher Weise Gebrauch machen, als dadurch keinem anderen ein Nachteil erwächst, der über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Mass hinausgeht.

2. Zulässig ist aber eine Einschränkung der Gebrauchsrechte durch die Gemeinschaftsordnung oder das Reglement. Dabei geht es in erster Linie um eine Eingrenzung der zulässigen Immissionen (Lärm, Dreck usw.)[44]. Möglich ist ebenso die Statuierung eines Konkurrenzverbotes[45]: Ein solches entspricht dann einem Bedürfnis, wenn ein Stockwerkeigentümer in einer geschäftsgünstigen Lage sich als erster an der Gemeinschaft beteiligt; eine solche Klausel verstösst nicht gegen allgemeine Rechtsgrundsätze, weil sie auf eine Liegenschaft beschränkt ist und die Konkurrenz im übrigen ungehindert bleibt[46].

Fragen kann sich jedoch, wie weit die vertraglichen Einschränkungen der Gebrauchsrechte gehen dürfen. Weil die Stockwerkeigentümer einstimmig[47] über die Zweckbestimmung des Gebäudes befinden, scheinen diesbezüglich keine Grenzen gegeben zu sein: Wenn die Betroffenen sich für den Wohncharakter eines Hauses aussprechen, ist die Eröffnung eines Handwerkerbetriebes in der Parterre-Wohnung unzulässig. Deshalb geht die Lehre allgemein davon aus, dass ein vollständiger Ausschluss der Berufsausübung bei entsprechender Zweckumschreibung der Liegenschaft[48] denkbar ist und somit z.B. nicht ein Gewerbe in Wohnräumen betrieben werden kann[49]. Einer solchen Schlussfolgerung kann jedoch in einer generellen Form nicht beigepflichtet werden; sie nimmt zu wenig Rücksicht auf die konkreten Umstände, die es in dieser Hinsicht mitzuberücksichtigen gilt.

In erster Linie sind die Begriffe Gewerbe und Beruf zu unbestimmt, als dass deren Ausübung allgemein untersagt werden könnte. Einschränkungen der Ge-

44 Die allgemeinen Immissionsverbote (ZGB 684; BGB 906 f) gelten ohnehin; vertraglich soll also der Kreis der zumutbaren Einwirkungen auf die Nachbarn eingeengt werden.

45 Meier-Hayoz, Art. 647, N 35.

46 Für die entsprechende Frage des Konkurrenzverbotes im Mietvertrag vgl. E. Schmid, Art. 261, N 12 und dort zitierte Rechtsprechung und Lehre sowie BGH, 9.10.1974, NJW 1974, 2317.

47 Mit einem einstimmigen Beschluss kann gemäss ZGB 648 II auch eine andere Ordnung eingeführt werden (dazu nachfolgend Ziff. 9).

48 Vgl. im einzelnen vorne § 12 III.

49 Friedrich, § 8, N 5; Bärmann/Pick, § 13, N 46, 54, 58, 60.

brauchsrechte stehen ja im Zusammenhang mit der übermässigen Beeinträchtigung der Rechte der anderen Stockwerkeigentümer. Ob jemand deshalb in seiner Wohnung Geld verdient (gewerblich) oder sonstwie über den Rahmen der gewöhnlichen Aktivitäten eines Wohnenden hinaus tätig ist (beruflich), kann deshalb nicht ein entscheidendes Kriterium sein. Ein Ausübungsverbot hinsichtlich eines vollständig stillen Berufes rechtfertigt sich somit nicht und wäre überdies praktisch auch gar nicht durchführbar[50]. Eine entsprechende allgemeine Bestimmung erscheint somit als nichtig. Eine Ausnahme ist dann gegeben, wenn der Bau von Stockwerkeigentumswohnungen vom Staat oder von Genossenschaften subventioniert wird, um solche an Familien preisgünstig weiterzugeben: In diesem Fall darf auch nicht ein stiller Beruf ausgeübt werden, sondern die Stockwerkeinheit muss zumindest überwiegend Wohnzwecken dienen; die Rechtsgrundlage liegt hier aber auch nicht in der Verhinderung der Beeinträchtigung anderer[51].

3. Handelt es sich gemäss der Zweckbestimmung bei einem Gebäude um ein Wohnhaus, wovon im folgenden ausgegangen wird, so sind verschiedene Tätigkeiten und Einrichtungen unzulässig, weil nach allgemeiner Lebenserfahrung damit gerechnet werden muss, dass sie übermässige Immissionen verursachen[52]:

- mit Geräusch, Geruch oder Gefahr verbundenes Gewerbe (Autoreparaturwerkstätte, Spenglerei, Maschinenbau, Druckerei);
- Theater, Kino, Fernsehempfangsraum;
- Hotel, Restaurant[53];
- Massageinstitut[54];
- Nachtlokal, Bordell;
- Gesangs-, Musik- und Tanzstunden;
- ärztliche Praxis für ansteckende oder gefährliche Krankheiten.

Auch dieser Beispiel-Katalog vermag keinen Allgemeinheitsanspruch zu erfüllen; je nach den konkreten Umständen (z.B. Lage des Gebäudes, Stellung der Stockwerkeigentümer) kann die eine oder andere Betätigung zulässig sein[55]. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Berufsausübungsverbot mangels Vorliegens einer Beeinträchtigung allenfalls rechtsmissbräuchlich ist, muss aber ein objektiver Massstab der Zumutbarkeit angelegt werden[56].

4. Demgegenüber gibt es Handlungen, die zwar auch als beruflich oder gewerblich zu bezeichnen sind, aber dennoch keine unmittelbare Teilnahme am Geschäftsverkehr darstellen, sondern diese nur ermöglichen oder vorbereiten helfen, sei es für die erste Geschäftsaufnahme oder sei es für deren Weiterführung (z.B. Experimente im Hinblick auf eine Erfindung[57], Forschungen eines privaten Wissenschafters).

50 Z.B. kann ausserhalb der Arbeitszeit oder vom nicht primär erwerbstätigen Ehegatten eine gewerbliche Verrichtung getätigt werden.
51 Vgl. dazu Moser, 54 f, 201 f (betr. Wohnbaugenossenschaften).
52 Vgl. Bärmann/Pick, § 13, N 58 f und Kurzkommentar, 65 f.
53 Eine Ausnahme aber ist etwa ein "Restaurant von gutbürgerlichem Format mit besonderem Eingang" (Bärmann/Pick, § 13, N 62).
54 HansOLG Hamburg, 21.9.1973, MDR 1974, 138.
55 Z.B. die Erteilung von Musikunterricht in einem Gebäude mit Kleinwohnungen, deren Bewohner regelmässig tagsüber nicht anwesend sind.
56 HansOLG Hamburg, 21.9.1973, MDR 1974, 138.
57 Aus Sicherheitsgründen ist eine solche Tätigkeit natürlich dann ausgeschlossen, wenn Gefahr für das Gebäude besteht.

Weiter gibt es auch Berufsarten, die zum Teil mit, zum Teil ohne Auftrag entgeltliche Leistungen vollbringen (z.B. Journalist, Schriftsteller, Komponist, juristischer Begutachter, eventuell Architekt). Ein Verbot auch solcher beruflicher Handlungen, allein wegen der gewerblichen Absicht, wäre willkürlich und nicht gerechtfertigt[58]; gerade in den letztgenannten Fällen haben die Stockwerkeigentümer kein schützenswertes Interesse daran, solche Tätigkeiten zu unterdrücken, sofern sie keine über den zugelassenen Wohngebrauch hinausgehenden Beeinträchtigungen der anderen Stockwerkeigentümer mit sich bringen.

5. Daneben gibt es jedoch auch Grenzfälle, bei denen zweifelhaft ist, ob sie von einem generellen Berufsausübungsverbot erfasst werden. Dazu gehören etwa die begrenzte Erteilung von Musikunterricht (z.B. durch einen Komponisten), wenn die Immissionen nicht übermässig sind und keinen ordnungswidrigen Gebrauch der Sache mit sich bringen[59], sowie insbesondere die Eröffnung einer Praxis (Arzt, Zahnarzt, Anwalt, Steuerberater)[60].

Auch die Frage der Zulässigkeit einer Praxis kann nicht einheitlich, sondern nur im konkreten Fall unter Berücksichtigung von Grösse, Zweck und Bestimmung der Liegenschaft beurteilt werden. Zwar hat das AG Hamburg bereits 1956 entschieden[61]:

"Die Ausübung einer Arztpraxis in einer Eigentumswohnung ist grundsätzlich auch gegen den Widerspruch der Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer zulässig. Den übrigen Wohnungseigentümern erwachsen hierdurch keine über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Mass hinausgehenden Nachteile. Das gilt auch für Wohnhäuser mit höchsten Ansprüchen."

In einer solchen allgemeinen Form ist dieser Entscheid weitgehend auf Ablehnung gestossen[62]. Zwar mögen bei einzelnen Ärzten die Umtriebe (Lärm, grössere Belastung z.B. des Lifts) eher beschränkt sein (z.B. psychiatrischer Begutachter); daneben kann eine Praxis aber auch zu einer erheblichen Unruhe in einem Wohnhaus führen (z.B. bei einem vielbeschäftigten Allgemeinpraktiker). So treten als Störungsfaktoren insbesondere auf:

- Patienten- oder Klientenverkehr[63]: Dieser kann je nach Art und Grösse der Praxis einen störenden Umfang annehmen und mit dem Charakter des Hauses nicht vereinbar sein;
- stärkere Beanspruchung der Gemeinschaftsanlagen (Lift, Treppenhausbeleuchtung) durch den Besucherverkehr;
- vermehrte Reinigungsarbeit.

6. Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass ein allgemeines Verbot jeglicher Gewerbe- und Berufsausübung in einigen Fällen nicht standhält, in anderen (v.a.

58 So auch Bopp, 93.
59 Vgl. Diester, Rechtsfragen, N 197.
60 Vgl. dazu Wilhelm Weimar, Die Arztpraxis in der Eigentumswohnung, Der Wohnungseigentümer 1977, 105 ff.
61 AG Hamburg, 9.4.1956, MDR 1957, 43.
62 Weitnauer/Wirths, § 14, N 3; Diester, Rechtsprechung, 127 und Rechtsfragen, N 200 f; Weimar, MDR 1971, 726; Pick (Bärmann/Pick) hält die Entscheidung einerseits für unzulässig dirigistisch (§ 5, N 72), weist aber anderseits die Bedenken Diesters zurück (§ 13, N 62).
63 Diester, Rechtsfragen, N 201.

Grenzfällen) keine Entscheidungskriterien abgibt. Vertraglich sollte deshalb einer anderen Lösung der Vorzug gegeben werden.

Zuvor soll jedoch noch kurz geprüft werden, ob der einzelne gegen eine Klausel, welche die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit in der Eigentumswohnung generell ausschliesst, etwas unternehmen kann.

- Wird die betreffende Bestimmung angefochten, sind die Erfolgsaussichten insoweit beschränkt, als der Stockwerkeigentümer der Klausel, auch wenn sie einseitig aufgestellt worden ist (Gemeinschaftsordnung), schon einmal zugestimmt hat und es damit an klaren Anfechtungskriterien fehlt; in Frage kommen nur allgemeine Grundsätze wie Verletzung des Wesens des Stockwerkeigentums, Aushöhlung des Eigentums, Rechtsmissbrauch oder Verstoss gegen die guten Sitten[64]. Bei einem vollständigen Berufsverbot, auch ohne jegliche Immissionen, kann der Wille des Aufstellers allenfalls im Sinne der Unzulässigkeit von AGB-Klauseln als unerheblich aufgefasst werden[65].
- Der Betroffene kann einen Versammlungsbeschluss, der ihm die Ausübung eines stillen Berufes untersagt, anfechten; gegenüber einem allgemeinen Verbot in der Gemeinschaftsordnung hat der Richter dann eine Korrekturmöglichkeit, wenn er alle Merkmale der beruflichen und gewerblichen Tätigkeit, insbesondere die äusserliche Erkennbarkeit gerade im räumlichen Bereich der Eigentumswohnung, voraussetzt. Dazu gehören etwa ein reger Publikumsverkehr, die regelmässige An- und Abfahrt von grösseren Warenposten, die Beschäftigung mehrerer Hilfskräfte[66]. Dabei wird der Richter jedoch in typischen Wohnlagen mit der Anwendung dieser Kriterien strenger sein dürfen als in Geschäftsvierteln.

7. Eine vertragliche Regelung der Frage der Berufsausübung kann auf zwei Arten geschehen: Entweder wird versucht, einen Katalog der zulässigen Tätigkeiten aufzustellen oder für die Einrichtung eines gewerblichen Betriebes oder Büros wird die Zustimmung der Versammlung der Stockwerkeigentümer verlangt, die aber nur aus einem wichtigen Grund versagt werden kann. Die zweite Regelungsvariante hat den Vorteil, dass sie sich nicht bereits von Beginn weg festlegt, sondern das Kriterium des wichtigen Grundes einer Interpretation auf Grund der gegebenen konkreten Umstände offensteht. Es verbleibt somit auch ein grösserer Ermessensspielraum. Anhaltspunkte für das Vorliegen eines wichtigen Grundes sind:

- Beeinträchtigung der anderen Stockwerkeigentümer: Darunter kann aber nur eine Störung von einer gewissen Stärke verstanden werden, nicht jede geringfügig verschlechternde oder unangenehme Veränderung des bestehenden Zustandes[67];
- Unzumutbarkeit der Störung (Lärm usw.);
- Beeinträchtigung des Hauscharakters.

64 Vgl. im einzelnen vorne § 4 II und III.

65 Etwa AGBG 9; die schweizerische Rechtsprechung hat bisher noch keine ausschliesslich auf AGB-Verträge zugeschnittenen Auslegungs- und Kontrollgrundsätze entwickelt, so dass einseitig diktierte, unangemessene Bedingungen nur gelegentlich und zufällig ausgeschaltet werden (Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel; Überblick bei Bauer, 34 ff).

66 Diese Kriterien können nach der Verkehrsanschauung üblicherweise als typisch gewerbliche oder berufliche Erscheinungen gewertet werden (Bopp, 94).

67 Bopp, 92.

Ob ein solcher wichtiger Grund vorliegt, der zur Verweigerung der Zustimmung zu einer beruflichen Tätigkeit berechtigt, fragt sich insbesondere bei der Eröffnung einer Praxis. Zwar lassen sich allgemeine Richtlinien nur schwer formulieren, weil es z.B. auf die Art der Praxis und die Lage im Gebäude ankommt. Der Vorteil der diesbezüglichen vertraglichen Regelung besteht jedoch darin, dass der Betroffene nicht vor dem Richter geltend machen muss, ein allgemeines Berufsausübungsverbot sei in diesem Falle rechtsmissbräuchlich (und vor Gericht alle Umstände abgeklärt werden müssen), sondern dass er sein Begehren der Stockwerkeigentümerversammlung vorbringt, diese die genaueren Umstände konkret prüft und bei einem allenfalls ablehnenden Entscheid der Richter lediglich zu entscheiden braucht, ob die Versammlung – auf Grund der bekannten Tatsachen – bei der Auslegung des wichtigen Grundes ihr Ermessen überschritten habe. Ist gemäss der Gemeinschaftsordnung der Verwalter zur Bewilligung der Berufsausübung zuständig, sollte gegen seine Verfügung vertraglich ein Rekurs an die Stockwerkeigentümerversammlung vorgesehen werden, damit der Betroffene nicht direkt den Richter anzurufen braucht; ein solches Rekursrecht müssten überdies auch die anderen Stockwerkeigentümer haben, weil es sonst der Verwalter in der Hand hätte, ein Gewerbe zu erlauben, das offensichtlich übermässige Immissionen verursacht[68].

Mit der Frage, ob z.B. die ärztliche Berufsausübung in einer im Erdgeschoss gelegenen Eigentumswohnung zulässig ist, hat sich in neuerer Zeit das BayObLG befasst[69]: Es hat dabei den Betrieb einer Zahnarztpraxis nicht als übermässige Beeinträchtigung der anderen Stockwerkeigentümer bewertet, zumal die andere Erdgeschosswohnung ebenfalls durch eine Arztpraxis belegt war; durch die Behandlung der Patienten und den Patientenverkehr sei keine unzumutbare Störung zu erwarten; die allenfalls erhöhten Reinigungskosten könnten bei der Kostenverteilung gebührend berücksichtigt werden.

Demgegenüber wäre z.B. die Praxis eines vielbeschäftigten Arztes in einem Obergeschoss wohl kaum zulässig. Neben der Berücksichtigung der Umgebung, in der das Gebäude steht, muss insbesondere auch der Gleichbehandlungssatz beachtet werden: Es darf nicht dem einen die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit erlaubt, dem anderen unter den gleichen Umständen aber verboten werden[70].

8. Die Bedingungen und Voraussetzungen, unter denen ein Stockwerkeigentümer ein Gewerbe oder einen Beruf ausüben kann, lassen sich jedoch auch durch konkretere Richtlinien in der Gemeinschaftsordnung umschreiben. Dabei ist aber darauf zu achten, dass möglichst alle in Frage kommenden Fälle erfasst werden (z.B. durch Teilgeneralklauseln oder allgemeine Auffangtatbestände), damit nicht – geschickt angelegte – Einzelfälle durch die vertraglich vereinbarten Maschen "schlüpfen". Folgende Möglichkeiten bieten sich etwa an[71]:

68 Dass der Verwalter den Stockwerkeigentümern deshalb schadenersatzpflichtig werden kann, hilft ihnen meist nicht viel weiter; vgl. dazu auch Diester, Rechtsfragen, N 205.

69 BayObLG, 4.1.1973, Rechtspfleger 1973, 139 f.

70 Wird die Erlaubnis zur Berufsausübung generell von der Zustimmung des Verwalters oder eines Mehrheitsbeschlusses abhängig gemacht, so hat die Bewilligung nach pflichtgemässem Ermessen (billigem Ermessen nach WEG 15 III) zu erfolgen (gerichtliche Kontrolle möglich).

71 Friedrich, § 8, N 5.

- Umschreibung des Kreises der zulässigen oder unzulässigen gewerblichen oder beruflichen Nutzungen;
- Ausschluss bestimmter Gewerbe zum vorneherein (z.B. Erteilung von Tanz- oder Turnunterricht, Betrieb von Restaurants, Pensionen);
- Zulassung gewerblicher Verrichtungen nur in einzelnen von mehreren Stockwerken (Erdgeschoss, 1. Obergeschoss);
- Einschränkung mehrerer gleichartiger Gewerbe im Sinne eines Konkurrenzverbotes (Festlegung der Rangfolge des Rechts zur Ausübung einer beschränkten gewerblichen Tätigkeit);
- Gesichtspunkte, nach denen die Bewilligung zur Ausübung einer geschäftlichen oder gewerblichen Tätigkeit erteilt wird (Ermessen oder Umschreibung objektiver Voraussetzungen, die einen Individualanspruch abgeben).

9. Bei der Zulässigkeit der Berufsausübung handelt es sich um eine Frage im Zusammenhang mit der Zweckbestimmung der zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft. Eine Regelung in der Hausordnung erscheint deshalb, zumindest was die Grundzüge betrifft, unzulässig: Ob es sich um eine Wohn- oder teilweise auch Geschäftsliegenschaft handelt, muss wegen der erschwerten Abänderbarkeit (Schutz der Minderheit) grundsätzlich einstimmig vereinbart werden; immerhin spricht nichts dagegen, wenigstens die Ausführungsumstimmungen (z.B. Kriterien für das Vorliegen eines wichtigen Grundes) einer niedereren Regelungsstufe zu überlassen.

Das schweizerische Recht kennt die Besonderheit, dass für die Frage der Zweckbestimmung eine andere Zuständigkeitsordnung vereinbart werden kann (ZGB 648 II). Wird auf diese Weise das einfache Mehrheitsprinzip eingeführt, muss die Minderheit gewärtigen, dass entgegen ihrem Willen in einer ursprünglichen Wohnliegenschaft auch berufliche Tätigkeiten zugelassen werden; immerhin müsste ein solcher abändernder Beschluss dann als rechtsmissbräuchlich angesehen werden, wenn z.B. in einem Wohnquartier eine Autoreparaturwerkstätte bewilligt würde oder wenn der entsprechende Beschluss auf Grund der Zustimmung eines oder nur ganz weniger Stockwerkeigentümer, die bei Geltung des Wertquotenstimmrechts über mehr als die Hälfte der Anteile verfügen, zustande gekommen wäre. Soll im umgekehrten Fall eine Zweckänderung den ausschliesslichen Wohncharakter einer Liegenschaft herbeiführen, so haben diejenigen Stockwerkeigentümer, die bisher eine berufliche Tätigkeit ausübten, jedenfalls zuzustimmen, weil ihnen dieses Recht – mit wohlerworbenem Charakter – nicht gegen ihren Willen entzogen werden kann[72].

B Haustierhaltung

1. In Mietvertragsverhältnissen kann der Vermieter das Halten von Haustieren verbieten. Normalerweise wird es dabei um das Halten von Katzen und Hunden gehen; als zulässig, trotz einer solchen Bestimmung, erscheint dagegen das Halten von solchen Tieren, die keine wesentlichen Immissionen verursachen (z.B. Aquarienfische,

72 Zur Begründung eingehend vorne § 12 III 4.

Wellensittiche, Hamster). Eine so verstandene Beschränkung des Gebrauchsrechts einer Wohnung hält vor der Verfassung stand und stellt keine unzulässige Beschränkung des Persönlichkeitsrechts dar[73].

Ist das Halten von Haustieren nicht verboten, sondern bedarf es nur der Bewilligung des Vermieters, so kann diese ohne ernstliche Gründe nicht verweigert werden[74].

2. Beim Stockwerkeigentum können auf Grund der unterschiedlichen Struktur dieselben Erwägungen nicht zutreffen; die Stellung des Stockwerkeigentümers ist insoweit stärker, als er eine dingliche Berechtigung an der Liegenschaft hat; in der ihm gehörenden Eigentumswohnung ist sein Bereich an Nutzungs-, Verwaltungs- und baulichen Ausgestaltungsrechten grösser; soweit er andere nicht beeinträchtigt, kann er grundsätzlich mit seiner Einheit nach Belieben verfahren.

Um die Frage der Zulässigkeit von Beschränkungen der Haustierhaltung genauer zu prüfen, muss zwischen den verschiedenen Tierarten unterschieden werden:

- Unbestreitbar lassen sich gewisse Tiere in einer Eigentumswohnung nicht halten; dazu gehören nicht nur Elefanten, grosse Raubtiere usw., sondern ebenso Enten, Gänse und Hühner. Die letzteren zu halten kommt höchstens in grossen Wohnanlagen auf dem Lande in Frage, wo man ihnen – durch eine Benützungsregelung – einen Teil des Gartens zuweisen kann.
- Demgegenüber muss das Halten von solchen Tieren, die keine Immissionen (Lärm, Geruch) verursachen, jedenfalls als zulässig erachtet werden. Ein Verbot solcher Tiere in der Gemeinschaftsordnung, im Reglement oder in der Hausordnung ist unbeachtlich[75]. Im einzelnen kann unter Umständen fraglich sein, welche Tiere konkret in diese Kategorie fallen; zu denken ist insbesondere an Zierfische, Goldhamster, kleinere Reptilien, kleinere Singvögel. Problematisch wird ein Entscheid dagegen bereits bei Papageien.
- Zu Streitigkeiten kommt es in erster Linie bei Hunden und Katzen (sowie allenfalls weiteren Tieren der "mittleren Kategorie").

3. Zu Gerichtsentscheiden hinsichtlich der Haltung von Haustieren ist es bisher noch kaum gekommen. In der Schweiz fehlt es überhaupt an einem publizierten Entscheid; in Deutschland sind zwei sog. "Katzenbeschlüsse" bekannt[76]. In beiden Fällen fehlte in der Gemeinschaftsordnung ein Verbot der Haustierhaltung und es stellte sich nur die Frage, ob der Verwalter ein solches anordnen könne.

- Nach dem Beschluss des KG Berlin[77] ist das grundsätzliche Verbot der Tierhaltung eine Beschränkung des Sondereigentums, die nicht Gegenstand einer nur vom Verwalter erlassenen oder von der Versammlung beschlossenen Hausordnung sein kann. Weil eine Wohnungs-

73 Zur Kontroverse vgl. insbesondere Armin Spitaler, Die Tierhaltung in Mietwohnungen und das Bundesverfassungsgericht, in: Das Recht der Tiere, 2. Aufl., München 1977, 100 ff. Spitaler geht dabei – im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht – davon aus, "dass beim tierliebenden Menschen die Betätigung seiner Tierliebe in der Form der Haltung eines Haustiers in einem ganz besonderen Grad zur Entfaltung seines Menschentums gehört" (103).

74 Kassationshof Neuchâtel, 29.11.1960, SJZ 1961, 357; E. Schmid, Art. 261, N 5.

75 Vgl. Diester, Rechtsfragen, N 207; Röll, Teilungserklärung, 29.

76 Von zwei Fällen, in denen die Haltung eines Hundes umstritten war, scheint das Ergebnis des Verfahrens nicht bekanntgeworden zu sein (vgl. Diester, Rechtsfragen, N 209).

77 KG, 16.8.1956, NJW 1956, 1679 f.

eigentümerin trotz Verbotes der Verwalterin fünf Katzen hielt, gelangte diese an den Richter, der jedoch der betroffenen Wohnungseigentümerin erlaubte, wenigstens zwei Katzen zu halten, weil das allgemeine Verbot der Tierhaltung eine zu erhebliche Einschränkung des Eigentumsrechts sei, das in der einstimmig beschlossenen Gemeinschaftsordnung verankert werden müsse. Weil es nicht mit jeder Tierhaltung notwendigerweise zu unzumutbaren Belästigungen der Mitbewohner komme, rechtfertige sich ein Verbot nur soweit, als der ordnungsmässige Gebrauch überschritten werde[78].

– 16 Jahre später bestätigte das BayObLG[79] diesen Entscheid: Ungeachtet des Verbotes in der Hausordnung sei im Einzelfall zu ermitteln, ob und inwieweit die Tierhaltung wegen unzumutbarer Belästigung der anderen Wohnungseigentümer oder im Interesse einer ordnungsgemässen Hausverwaltung zu untersagen sei. In concreto hielt das Gericht ebenfalls 2 Katzen noch als erträglich[80].

Dass das Halten von Haustieren nicht von der Regelung in der Hausordnung, die durch Mehrheitsbeschluss abänderbar ist, abhängen darf, gilt auch für das schweizerische Recht, weil es sonst die Mehrheit in der Hand hätte, mit einem entsprechenden Verbot der Minderheit erhebliche Eigentumsbeschränkungen aufzuerlegen. Ebensowenig kann der Entscheid über die Haustierhaltung vom Verwalter abhängen; wird seine Zustimmung vereinbart, so darf er diese nicht willkürlich verweigern.

Die beiden Gerichtsentscheide scheinen – stillschweigend – davon auszugehen, dass die Vereinbarung eines Verbots der Haustierhaltung (auf jeder Regelungsstufe) zulässig ist und die Stockwerkeigentümer sowie ihre Rechtsnachfolger bindet[81]. Hinsichtlich der kleineren und weitgehend immissionsfreien Haustiere ist bereits dargetan worden, dass ein generelles Verbot sie nicht betreffen kann. Wie steht es jedoch mit Hunden und Katzen? Der allgemeine Ausschluss der Haltung solcher Tiere ist jedenfalls nicht mit dem Argument zu rechtfertigen, es lasse sich nicht genau voraussagen, wie weit sich daraus Belästigungen ergeben könnten, zumal man jedem Stockwerkeigentümer das gleiche Recht einräumen müsste[82]; der Gebrauch des Sonderrechts ist ohnehin nur in einem solchen Rahmen gestattet, dass die entsprechenden Rechte der anderen nicht tangiert werden. In einem gediegenen und mit luxuriösen Ausstattungen versehenen Gebäude ist zwar an sich denkbar, dass die Stockwerkeigentümer übereinstimmend der Ansicht sind, es sollten keine Hunde und Katzen gehalten werden; daneben ist jedoch der Fall nicht aus den Augen zu verlieren, dass der Bauträger die Regelung einseitig aufstellt, weshalb ähnliche Vorbehalte wie gegenüber AGB-Klauseln gelten[83]. Auch unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der anderen Stockwerkeigentümer, auf dem das Verbot der Haustierhaltung basiert, spricht dann nichts gegen das Halten von Hunden und Katzen, wenn damit keine störenden Immissionen verbunden sind. Dies kann insbesondere bei einer Katze, die nicht ins Freie geht, der Fall sein; für Schädigungen in der Eigentumswohnung muss ohnehin der betreffende Stockwerkeigentümer aufkommen. M.E. ist deshalb das Halten von Hunden und Katzen trotz eines generellen Verbotes dann zulässig, wenn damit keine Beeinträchtigung der anderen Stockwerk-

78 Vgl. im einzelnen auch Diester, Rechtsfragen, N 210 f; zustimmend zu dieser Entscheidung haben sich Bärmann/Pick (§ 13, N 60 und § 15, N 8) sowie Weitnauer/Wirths (§ 15, N 3) geäussert.

79 BayObLG, 7.3.1972, MDR 1972, 516 f.

80 Im einzelnen zu diesem Entscheid Diester, Rechtsfragen, N 212.

81 In diesem Sinne auch, ohne Begründung, Bärmann/Pick, § 13, N 60 und § 15, N 9.

82 So Bopp, 107.

83 Eine solche Zustimmung hat weniger Gewicht (vgl. vorne § 12 II A 6).

eigentümer verbunden ist und sich das Verbot nicht offensichtlich aus dem Wesen des Gebäudes ergibt[84].

Sinnvoller als ein generelles Verbot der Haustierhaltung wäre deshalb wie bei der Berufsausübung eine Bestimmung, wonach der Verwalter die Zustimmung zur Haustierhaltung zu geben hat (so erhält die Gemeinschaft einen Überblick über die gehaltenen Tiere), sie aber nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verweigern darf.

III Gebrauchsüberlassungsrechte

A Vermietung und Verpachtung

1. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Beschränkungen

a) Gemäss ZGB 712c II kann im Begründungsakt oder später einstimmig beschlossen werden, dass die Belastung eines Stockwerkes mit einer Nutzniessung[85] oder einem Wohnrecht sowie die Vermietung nur rechtsgültig sind, wenn die übrigen Stockwerkeigentümer dagegen nicht innert vierzehn Tagen seit der ihnen gemachten Mitteilung Einsprache erheben. Diese Einsprache ist nach ZGB 712c III an einen wichtigen Grund gebunden; im übrigen besteht ein Recht auf Gebrauchsüberlassung der eigenen Sache an Dritte[86]. Dieselben Grundsätze gelten auch für die Verpachtung (Hotel, Ladenlokal). Ein Stockwerkeigentümer ist somit in seiner Stellung je nach der vertraglichen Regelung eingeschränkter als ein Alleineigentümer, indem er allenfalls sein Eigentum nicht beliebig vermieten kann.

b) Auch die neuere Lehre in Deutschland gestattet eine Beschränkung des Gebrauchsüberlassungsrechts als Inhalt des Sondereigentums. Früher war die Frage noch umstritten, weil – falls man in der Vermietung eine Verfügung sähe – eine Beschränkung mit dinglicher Wirkung unzulässig sein könnte, da WEG 12 als Ausnahmetatbestand zu BGB 137 eng auszulegen wäre[87]. Unterdessen geht aber die herrschende Lehre einhellig davon aus, dass das Recht auf Vermietung als schuldrechtliche Verpflichtung eingeschränkt werden kann[88].

84 Röll, Teilungserklärung, 29.

85 Im folgenden wird auf die Nutzniessung nicht mehr eingetreten, doch gelten die gleichen Grundsätze wie für die Vermietung. Es sei nur noch vermerkt, dass die erbrechtliche Nutzniessung entgegen Friedrich (§ 49, N 3, 5) keinen Einsprachefall darstellt (so auch Mengiardi, 114).

86 Friedrich, § 49, N 3; betr. das Miteigentum Meier-Hayoz, Art. 648, N 17 a.E. und Schneider, 84.

87 Vgl. OLG Frankfurt, 25.6.1959, DNotZ 1959, 476 ff; so früher auch noch Hans Diester, Das Wohnungseigentum setzt sich durch, NJW 1960, 272, der aber unterdessen seine Ansicht geändert hat (z.B. in NJW 1965, 797).

88 Bärmann/Pick, § 13, N 67; Weitnauer/Wirths, § 12, N 1b und § 15, N 2a; BGH, 15.6.1962, NJW 1962, 1613 f; Bopp, 95 und dort zitierte Autoren.

2. Der vollständige Ausschluss des Rechts auf Vermietung

a) ZGB 712c III bestimmt, dass eine Einsprache unwirksam ist, wenn sie ohne wichtigen Grund erhoben wird. Angesichts der Tatsache, dass die Beschränkung des Vermietungsrechts relativ stark in die alleineigentümerähnliche Stellung des Stockwerkeigentümers eingreift, hat das Gesetz damit nicht nur eine subsidiär geltende Richtschnur verankert, sondern aus der Bestimmung ergibt sich e contrario (Umkehrschluss), dass auch durch einstimmige Vereinbarung nicht auf den wichtigen Grund verzichtet werden kann. Es ist somit unzulässig, die Voraussetzungen, unter denen die Einsprache beachtlich ist, zu erleichtern, indem vereinbart wird, eine Einsprache sei auch ohne Nachweis eines wichtigen Grundes oder bei Vorliegen bestimmter Tatsachen, die nicht den "Schweregrad" eines wichtigen Grundes erreichen, wirksam[89].

b) In Deutschland fehlt eine entsprechende Bestimmung. Zu Recht geht aber die neuere Lehre überwiegend davon aus, dass der vollständige Ausschluss des Vermietungsrechts zu stark in die Rechte des einzelnen eingreift. Die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist nicht eine Personal-, sondern eine Objektsgemeinschaft[90], wobei die Stockwerkeigentümer eine möglichst alleineigentümerähnliche Stellung haben sollen (mit Ausschliesslichkeitscharakter); deshalb erscheint es als ausgeschlossen, eine personelle Bindung in der Zusammensetzung der Gemeinschaft auf bestimmte Stockwerkeigentümer zu vereinbaren[91]. Der Ausschluss des Vermietungsrechts höhlt auch die Eigentümerbefugnisse (WEG 13 I: nach Belieben verfahren) in begriffswidriger Weise aus[92]; das Nutzungsrecht des Eigentümers gehört zum zentralen, durch die Institutsgarantie grundsätzlich geschützten Kernbereich des Eigentums[93], der auch durch die Inbezugsetzung zum Gemeinschaftsverhältnis nicht aufgehoben werden kann. Schliesslich dürfte im Zwang zur Selbstnutzung (mangels Möglichkeit der Vermietung) auch eine schuldrechtliche unzulässige Knebelung liegen (BGB 138), zumal es sich um einen häufig einseitig aufgestellten "Normen"-Vertrag handelt[94].

3. Die teilweise Beschränkung des Rechts auf Vermietung

a) Obwohl das Recht, die Eigentumswohnung einem Dritten gebrauchsweise zu überlassen, ein Teil des Anspruchs ist, die Wohnung beliebig nutzen zu können, bestehen gegen ein – limitiertes – Einspracherecht bzw. Zustimmungserfordernis der

89 Friedrich, § 12, N 8 und § 49, N 8 sowie SJK 1303, 11. Der wichtige Grund bei der Veräusserungsbeschränkung nach WEG 12 ist ebenfalls zwingend (Bärmann/Pick, § 12, N 35; Weitnauer/Wirths, § 12, N 5).

90 Wolff/Raiser, 363.

91 Bopp, 105; vgl. auch Karstädt, BlGBW 1962, 300 und MDR 1965, 257.

92 Bärmann/Pick, § 13, N 67.

93 Rolf H. Weber, Eigentum als Rechtsinstitut, ZSR 1978 I 172 und dort zitierte Autoren.

94 Vgl. z.B. Palandt/Heinrichs, § 138, N 5k; in Frage kommt auch die Unangemessenheit einer solchen Bestimmung im Sinne der AGBG-Klauseln (AGBG 9; dazu Ulmer/Brandner/Hensen, § 9, N 9).

Stockwerkeigentümerversammlung keine Bedenken[95]. Die Stockwerkeigentümer haben nämlich auch ein Interesse daran, eine Nutzung zu verhindern, die den ungestörten Gebrauch ihrer Stockwerkeinheiten gefährden könnte.

Ob eine Beschränkung des Vermietungsrechts sinnvoll ist, hängt von den konkreten Umständen ab. In einer Grossüberbauung, in der die persönlichen Beziehungen unter den Stockwerkeigentümern lose sind, ist eine freiere Ausgestaltung empfehlenswert als in einer kleinen Gemeinschaft; zudem ist das Verfahren, das bei der Einsprache zu beachten ist, in solchen Fällen recht umständlich (wird die "grosse" Stockwerkeigentümerversammlung überhaupt beschlussfähig?)[96]. Anlässlich der durch das Einspracherecht bedingten Abhaltung der Versammlung können bei der Erörterung des wichtigen Grundes Voten fallen, die dem Einvernehmen unter den Bewohnern abträglich sind; Friedrich[97] befürchtet überdies, dass der Rückzug der Einsprache allenfalls abgekauft werden könnte. Immerhin ist das schweizerische Einspracherecht grundsätzlich weniger einschneidend als das deutsche Zustimmungsrecht, weil die Stockwerkeigentümer tätig werden müssen und damit sein Ausnahmecharakter unterstrichen wird[98].

Besonders zu bedenken ist, dass sich ein Nebeneinander von Stockwerkeigentümern und Mietern insbesondere dann ungünstig auswirken kann, wenn die Interessenlage nicht dieselbe ist[99]. Dies gilt häufig für Ferienwohnungssiedlungen[100]: Einzelne Stockwerkeigentümer suchen einen Ruhe- und Erholungsort, andere verstehen ihre Wohnung als Kapitalanlage und wollen sie möglichst einträglich vermieten. In solchen Fällen drängen sich Richtlinien im Sinne einer Zweckbestimmung auf. Grundsätzlich (ohne spezielle Regelung) wird man davon ausgehen müssen, dass in typischen Kurorten eine Vermietung zulässig ist, ausser wenn der Charakter der Stockwerkeigentümergemeinschaft eindeutig dagegen spricht[101].

Kaum zulässig dürfte es sein, eine maximal zulässige Zahl vermietbarer Wohnungen (Prozentzahl bezüglich aller Stockwerkeinheiten) festzulegen[102], weil dadurch in den meisten Fällen der relative Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach nicht nur einzelnen Stockwerkeigentümern gewisse Rechte verliehen werden dürfen, verletzt würde. Hingegen wäre es unter Umständen denkbar, durch eine entsprechende Bestimmung zu verhindern, dass Spekulanten nur zu Vermietungszwecken Eigentumswohnungen erwerben; in Frage käme etwa eine Bestimmung, wonach ein Stockwerkeigentümer – von Ausnahmefällen abgesehen – nur eine Wohnung (wenn er mehrere hat) oder nur über eine gewisse Zeitspanne vermieten darf. Aber auch bei einer solchen Anordnung ist zu prüfen, ob sie auf Grund der konkreten Verhältnisse nicht einen übermässigen Eingriff in die Eigentumsrechte bedeutet; dieses Problem

95 Friedrich, ZBGR 1966, 345 und SJK 1303, 11; F. Schmid, 106.
96 Friedrich, ZBGR 1966, 345; F. Schmid, 105.
97 Friedrich, ZBGR 1966, 345; weniger Bedenken hegt Peter-Ruetschi, ZSR 1966 I 174.
98 Liver, Marxer, 188 f.
99 Dazu auch Eckhart Pick, Vermietungsrecht von Wohnungseigentum und Ortsüblichkeit, BlGBW 1969, 127.
100 Vgl. allgemein Clemens Korff, Probleme bei der Vermietung von Eigentumswohnungen an Ferien- und Kurgäste, Der Wohnungseigentümer 1977, 68 ff.
101 BayObLG, 10.10.1978, MDR 1979, 232.
102 Nach Peter-Ruetschi, Erfahrungen, 17 ist es uneingeschränkte Selbstverständlichkeit, dass die Zahl der vermieteten Eigentumswohnungen einen Fünftel des Gesamtbestandes nicht übersteigt. Diese Richtlinie ist zwar wünschenswert, rechtlich aber kaum durchsetzbar.

stellt sich insbesondere dann, wenn ein Bauherr seine Eigentumswohnungen nicht verkaufen kann und sie deshalb vorläufig vermietet.

Ein übermässiger Einfluss eines nicht direkt interessierten, nur vermietenden Stockwerkeigentümers mehrerer Einheiten lässt sich weiter dadurch eindämmen, dass die Gemeinschaft am gesetzlichen Kopfstimmenprinzip festhält und nicht auf das Wertquotenstimmrecht übergeht. Dadurch wird insbesondere die Macht des Bauherrn, je nach der Wirtschaftslage eher zu vermieten, in der Versammlung etwas eingeschränkt.

b) Die Stockwerkeigentümer können nicht nur überhaupt darauf verzichten, das Vermietungsrecht des einzelnen zu beschränken, sondern sie können auch eine weniger einschneidende Massnahme als das Erfordernis der Zustimmung zur Vermietung vereinbaren. Insbesondere ist es möglich, die blosse Mitteilung an den Verwalter, den Vorsitzenden des Ausschusses oder den geschäftsführenden Stockwerkeigentümer vorzusehen; inhaltlich lassen sich dabei auch genauere Angaben verlangen, wie etwa die Art der Gebrauchsüberlassung (z.B. Verpachtung eines gewerblichen Betriebes), die allenfalls beabsichtigte Dauer und die Personalien des Mieters. Rechtliche Bedenken gegen eine solche Pflicht bestehen nicht, zumal sie sachlich gerechtfertigt ist (wenn der Verwalter z.B. die Hausschilder anbringen muss)[103]. Der Verwalter muss auch praktisch wissen, wer in der Stockwerkeinheit wohnt (z.B. Zutritt zur Wohnung wegen dringender Reparaturarbeiten). Handelt es sich um eine dingliche Gebrauchsüberlassung, so ist die Person im Hinblick auf die Einberufung der Versammlung[104], das Stimmrecht (ZGB 712o II)[105] oder die Rechnungsstellung für die Beiträge an die gemeinschaftlichen Kosten[106] von Bedeutung.

c) Wie bereits dargetan, ist ZGB 712c III insoweit zwingend, als vertraglich nicht leichtere Voraussetzungen zur Verweigerung der Zustimmung bei der Vermietung vereinbart werden können als ein objektivierter wichtiger Grund; die Zustimmung kann demgemäss nicht im freien Ermessen der Stockwerkeigentümer stehen[107]. Obwohl in Deutschland eine entsprechende Regelung fehlt, hat sich die neuere Lehre in ähnlicher Weise ausgesprochen: Eine Zustimmungsklausel berechtigt nicht zu einer willkürlichen und voraussetzungslosen Entscheidungsfreiheit, sondern die Zustimmungsverweigerung muss eine sachliche Rechtfertigung im Sinne eines wichtigen Grundes (analog zu WEG 12) haben[108,109].

Der wichtige Grund kann nicht allgemeingültig umschrieben werden; ebenso lassen sich nur schwer Auslegungsrichtlinien von den übrigen zahlreichen Bestimmun-

103 Friedrich, § 12, N 6.
104 Hinten § 22 I B 5.
105 Hinten § 21 IV C.
106 Friedrich, § 18, N 5.
107 Friedrich, § 12, N 7 und § 49, N 7.
108 Bärmann/Pick, § 12, N 64; Georg Furtner, Die rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung und ihre Sicherung, NJW 1966, 188 f. Schon 1962 stellte Karstädt (BlGBW 1962, 312) die Forderung auf, das WEG sei durch eine entsprechende Vorschrift zu ergänzen.
109 Zu beachten ist jedoch der verfahrensmässige Unterschied zwischen ZGB 712c und WEG 12: Während nach dem schweizerischen Recht die Stockwerkeigentümer tätig werden müssen (Einsprache erheben unter Beachtung der 14tägigen Frist), hat nach deutschem Recht der Wohnungseigentümer um Zustimmung nachzusuchen. ZGB 712c kommt also dem Grundsatz der Nutzungsfreiheit mit Ausnahmen näher.

gen im Zivilrecht, die sich auf den wichtigen Grund abstützen[110], ableiten, weil es bei diesen überwiegend um die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse[111] oder um die Auflösung eines Vertragsverhältnisses[112] geht[113]. Trotz der unterschiedlichen Struktur von ZGB 712c III lassen sich aber die von der Rechtsprechung zu anderen Bestimmungen entwickelten Kriterien wenigstens in einer allenfalls etwas anderen Gewichtung berücksichtigen.

Beim wichtigen Grund handelt es sich um einen unbestimmten Begriff, der wertausfüllungsbedürftig ist; Recht und Billigkeit dienen dabei als Mittel der Individualisierung[114]. Die richtige Proportionierung der im Widerstreit stehenden Vorstellungen geschieht dabei in der Interessenabwägung, welche die verschiedenen Wertfaktoren berücksichtigt (Werthöhe, -stärke, -intensität, -nähe[115]). Eine allgemeingültige, einengendere Umschreibung des wichtigen Grundes ist insoweit nicht wünschenswert, als damit der verallgemeinernde Charakter, der einen Spielraum für die Beachtung der individuellen Umstände offenlässt, einer Erstarrung weichen würde. Eine Konturierung des wichtigen Grundes ergibt sich aber jedenfalls daraus, dass er für das betreffende Verhältnis wesentlich sein muss. Massgebend sind somit die Strukturelemente, die das betreffende Rechtsinstitut typisieren, für seinen Bestand also erfahrungsgemäss bedeutungsvoll erscheinen. Zwischen der Wichtigkeit des Grundes und dem betreffenden Rechtsverhältnis hat eine Beziehung zu bestehen, "und zwar müssen die fraglichen Umstände in einer Beziehung zu den Wesensmerkmalen des betreffenden Rechtsinstituts stehen, damit sie die in der Rechtsfolge vorgesehene Änderung rechtfertigen und als wichtige Gründe in Frage kommen können"[116]. Die wichtigen Gründe sind somit aus dem einzelnen Rechtsinstitut hinaus zu entwickeln.

Die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist eine Objektsgemeinschaft mit einem – je nach deren Grösse – unterschiedlich starken personalen Bezug. Demgemäss liegt dann ein wichtiger Grund vor, wenn die Vermietung einer Stockwerkeinheit eine gemeinschaftswidrige Gefahr für die übrigen Stockwerkeigentümer bedeutet. Angesichts der starken persönlichen und wirtschaftlichen Bindungen der Stockwerkeigentümer in der Gemeinschaft ist die Verhinderung des Eintritts "unerwünschter" Dritter gerechtfertigt[117], wobei die "Unerwünschtheit" im Sinne der Unzumutbarkeit zu verstehen ist[118]. Ein Mieter kann unzumutbar sein im Hinblick auf[119]

110 Vgl. etwa den Überblick bei Meier-Hayoz, Einleitung, Art. 4, N 66; allgemein Roggwiller, 90 ff. Für das deutsche Recht vgl. BGB 27, 549, 569a, 616, 626, 627, 671, 696, 712, 723, 749, 811, 843, 1298/99, 1413, 1784, 1889, 2227.

111 Z.B. ZGB 30, 92, 140, 380.

112 Z.B. ZGB 343, OR 337, 545 I 7, 736 4.

113 Das deutsche Recht kennt eine entsprechende Bestimmung: ErbbRVO 7.

114 Vgl. Meier-Hayoz, Einleitung, Art. 4, N 46 ff.

115 Roggwiller, 60 ff.

116 Roggwiller, 71.

117 Vgl. BGH, 15.6.1962, NJW 1962, 1613 f.

118 BayObLG, 16.11.1972, NJW 1973, 153; Weitnauer/Wirths, § 12, N 5a.

119 Vgl. BayObLG, 16.11.1972, NJW 1973, 153; Bärmann/Pick, § 12, N 32; Weitnauer/Wirths, § 12, N 5a.

– seine Persönlichkeit, wenn damit zu rechnen ist, dass er sich nicht in die Gemeinschaft einordnet (Nichterfüllung gemeinschaftlicher Pflichten stört den Gemeinschaftsfrieden);
– seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, wenn er voraussichtlich keine Gewähr dafür bietet, die ihm auferlegten Beitragsleistungen bestreiten zu können[120];
– den Charakter und Bestimmungszweck der Gemeinschaft (Führung eines Gewerbes[121], Unvereinbarkeit mit dem "Lebensstil" der Gemeinschaft[122]).

Hingegen kann der wichtige Grund nicht in reinen Nützlichkeits- oder Zweckmässigkeitserwägungen bestehen, denn kein Mitglied der Gemeinschaft kann über die gesetzlich und vertraglich begründeten Bindungen hinaus verpflichtet werden, allein aus solchen Gründen ein Sonderopfer für die Gemeinschaft zu erbringen[123].

Die Stockwerkeigentümer können solche Gründe, die sie für wichtig erachten, in der Gemeinschaftsordnung aufzählen[124]. Diese Kriterien sind zwar nicht allein massgebend, denn der Richter hat den Einzelfall unter objektivierten Gesichtspunkten zu prüfen; auch subjektiv wesentliche Gründe müssen also objektiv wichtig sein. Der Richter ersieht jedoch in einem Streitfalle aus einem solchen Katalog immerhin Anhaltspunkte dafür, "welche Interessen die Beteiligten selbst für beachtlich halten"[125].

Bei Einschränkungen des Vermietungsrechts ist aber darauf zu achten, dass die vertraglichen Regelungen klar sind; der einzelne muss aus den Richtlinien ersehen können, inwieweit ihm und anderen die Möglichkeit[126] der Vermietung offensteht; zudem darf das Gleichbehandlungsgebot nicht aus den Augen verloren werden (z.B. bei Ausnahmebestimmungen).

d) Es kann sich weiter die Frage der Gebrauchsüberlassung nur einzelner Räume (Garage, Kellerabteil, Mansarde) stellen. Friedrich geht dabei davon aus[127], dass vertraglich beliebige Einschränkungen getroffen werden könnten, weil weder der Wortlaut von ZGB 712c II noch die Interessenlage der Stockwerkeigentümer die

120 Bei der wirtschaftlichen Leistungspflicht handelt es sich gewöhnlich aber nur dann um einen wichtigen Grund, wenn nicht der Stockwerkeigentümer (Vermieter) subsidiär – bei Nichtbezahlung durch den Mieter – beitragspflichtig ist.

121 Auch ein Mieter ist selbstverständlich an die Gebrauchsregelung der Gemeinschaft gebunden; eine unzumutbare Beeinträchtigung liesse sich dann denken, wenn eine unzulängliche oder sehr weite Regelung vorliegt, wobei sich die übrigen Stockwerkeigentümer bisher stillschweigend an eine nur beschränkte Zulässigkeit von Immissionen gehalten haben.

122 Besteht eine Gemeinschaft in einem schlecht isolierten Gebäude aus älteren, ruhebedürftigen Stockwerkeigentümern, kann gegen die Vermietung an eine kinderreiche Familie Einsprache erhoben werden. Hingegen ist zweifelhaft, ob eine generelle Vorschrift, wonach Stockwerkeigentumswohnungen nicht an Ausländer vermietet werden können, haltbar wäre.

123 BayObLG, 16.11.1972, NJW 1973, 153.

124 Bärmann/Pick, § 12, N 32; Weitnauer/Wirths, § 12, N 5a; Diester, Rechtspfleger 1965, 205 und Rechtsprechung, 120; a.A. LG Kassel, 20.6.1963, zitiert bei Diester, Rechtsprechung, Nr. 40.

125 Friedrich, § 49, N 8.

126 Die Bestimmung "Die Eigentumswohnungen sollen vorwiegend als Eigenheime Verwendung finden" (Peter-Ruetschi, Erfahrungen, 19) ist deshalb nicht sehr zweckmässig. Nicht nur ist unklar, nach welchen Kriterien sich das "vorwiegend" bestimmt, sondern es besteht zugleich die Gefahr der Ungleichbehandlung der Stockwerkeigentümer.

127 Friedrich, § 12, N 10.

Möglichkeit der Gebrauchsüberlassung einzelner Räume forderten und durch ein solches Verbot die Verfügungsfreiheit in bezug auf die ganze Stockwerkeinheit nicht grundlegend eingeschränkt sei. Diese Auffassung ist an sich durchaus vertretbar; ebensogut könnte jedoch auch umgekehrt argumentiert werden, dass die Gemeinschaft gewöhnlich durch die Vermietung nur einzelner Räume (z.B. Garage[128]) in ihren berechtigten Interessen nicht unzumutbar beeinträchtigt werde und deshalb keine sachliche Rechtfertigung bestehe, eine doch nicht unerhebliche Beschränkung des Eigentumsrechts zuzulassen[129].

Es scheint, dass der Gesetzgeber das Problem der Vermietung nur einzelner Räume übersehen hat[130]; es liegt deshalb eine echte Gesetzeslücke vor (Fehlen einer erforderlichen gesetzlichen Anordnung)[131], die – mangels Gewohnheitsrechts – auf dem Wege freier richterlicher Rechtsfindung auszufüllen ist[132]. Dabei sind die beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen: Einerseits ist der Stockwerkeigentümer an einer möglichst ungebundenen Vermietungs-, d.h. Nutzungsmöglichkeit seiner Einheit interessiert, anderseits bleibt die Gemeinschaft nur existenzfähig, wenn sie den Beitritt untragbarer Elemente verhindern kann. Im Falle der Vermietung der ganzen Eigentumswohnung hat der Gesetzgeber den Kompromiss, dass die Zustimmung nur aus einem wichtigen Grund verweigert werden darf, getroffen; es ist nun aber nicht einzusehen, weshalb nicht dieselben Erwägungen auch auf den Fall der Vermietung einzelner Räume zutreffen sollten, weshalb mit anderen Worten bei einzelnen Räumen die Interessen der Gemeinschaft stärker zu gewichten sind. Lässt man – analog zu ZGB 712c III – die Interessenabwägung anhand eines wichtigen Grundes gelten, kommt man zu einem dem Einzelfall entsprechenden, sachlich gerechtfertigten Resultat. M.E. ist deshalb davon auszugehen, dass das Verbot oder die vorbehaltlose, an keine Voraussetzungen geknüpfte Verweigerung der Zustimmung zur Vermietung getrennter Nebenräume (ZGB 712b I a.E.) unzulässig ist.

e) Einschränkungen des Vermietungsrechts durch die Statuierung des Einspracherechts bedürfen der Einstimmigkeit: Das Gesetz spricht ausdrücklich von einer Vereinbarung, weshalb ein Mehrheitsbeschluss ausgeschlossen ist, und zwar auch dann, wenn die betreffende Bestimmung formell im Reglement steht (ZGB 712c I; WEG 12 I)[133].

128 Es ist besonders an den Fall zu denken, dass eine Garage zur Stockwerkeinheit gehört und der Stockwerkeigentümer oder ein Rechtsnachfolger von ihm kein Auto besitzt; ein generelles Vermietungsverbot würde nicht nur dazu führen, dass der Betroffene einen praktisch unbenutzbaren Raum besitzt, sondern wäre auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil ein Garagemieter kaum den Gemeinschaftsfrieden stören kann.

129 So Mengiardi, 115; der Gesetzeswortlaut spricht aber nicht so eindeutig für seine Auffassung, wie er dies anzunehmen scheint.

130 ZGB 712c basiert eigentlich auf dem Gedanken der Veräusserungsbeschränkung; der Verkauf nur einzelner Räume ist aber bereits durch die Anforderungen, die an eine Stockwerkeinheit gestellt werden (abgeschlossener Raum mit den notwendigsten Installationen, eigener Zugang), sowie durch die Regelung der Wertquotenänderung eingeschränkt.

131 Meier-Hayoz, Einleitung, Art. 1, N 251, 271.

132 Meier-Hayoz, Einleitung, Art. 1, N 316 ff.

133 Friedrich, § 48, N 3 und ZBGR 1966, 347 betr. das Vorkaufsrecht, auf das ("in gleicher Weise") verwiesen wird.

f) Wenn ein Einspracherecht vereinbart ist, können "die übrigen Stockwerkeigentümer" (ZGB 712c II) ihre Zustimmung aus einem wichtigen Grund verweigern. Erforderlich ist somit ein Mehrheitsbeschluss. Vertraglich kann die einfache Mehrheit qualifiziert werden[134]; hingegen ist es unzulässig, das Einspracherecht jedem Stockwerkeigentümer einzuräumen, denn dadurch würde zu stark in die Eigentumssphäre und die wirtschaftliche Stellung des einzelnen eingegriffen[135]. Umstritten ist, ob der betroffene Stockwerkeigentümer an der Abstimmung über die Einsprache teilnehmen darf oder nicht[136]. Nicht weiter führt jedenfalls – entgegen F. Schmid – der Verweis auf ZGB 68; einerseits ist dessen Anwendung im Bereiche des Stockwerkeigentums ohnehin fragwürdig[137], anderseits geht es auch nicht um ein Rechtsgeschäft zwischen dem Stockwerkeigentümer und der Gemeinschaft, wodurch eine Interessenkollision entstehen könnte. Der vollständige Ausschluss des Betroffenen bei Beschlüssen, in denen eigene Interessen mitspielen, ist weder im Gesellschaftsrecht gegeben noch von der Sache her gerechtfertigt. Der Wortlaut "die übrigen Stockwerkeigentümer" darf zudem nicht überbewertet werden, weil sprachlich eine andere Gesetzesfassung nur schwer möglich gewesen wäre[138]. M.E. kann deshalb auch derjenige Stockwerkeigentümer, der seine Wohnung vermieten will, mitstimmen; eine Ausnahme ist etwa dann gegeben, wenn der Betroffene bei Geltung des Wertquotenstimmrechts bereits über die Mehrheit der Anteile verfügt und die Abstimmung so zu einer Farce würde.

Die Stockwerkeigentümergemeinschaft kann auch nicht vertraglich die alleinige Zuständigkeit des Verwalters zum Entscheid über das Vermietungsrecht vereinbaren. Das Gesetz hat die Kompetenz, über den wichtigen Grund zu befinden, zwingend der Versammlung eingeräumt[139]. Immerhin darf daraus m.E. nicht geschlossen werden, dass die grundsätzliche Versammlungszuständigkeit nicht modifizierbar ist: So erscheint die Vereinbarung, wonach der Verwalter – im Falle einer Einsprache – vorerst über das Vorliegen eines wichtigen Grundes entscheidet und der Stockwerkeigentümer bei Verweigerung der Zustimmung zuhanden der Versammlung Rekurs einlegen kann bzw. der Verwalter die Versammlung einberufen muss, als zulässig. Dadurch werden dem einzelnen keine Rechte beschnitten, sofern jedenfalls der Verwalter seinen Entscheid nicht verzögert; zudem kann dadurch, vor allem in grösseren Gemeinschaften, die Versammlung entlastet werden, weil sie nicht für jede Einsprache zusammenzutreten braucht. Zum Schutz der anderen Stockwerkeigentümer muss jedoch auch ihnen ein Rekursrecht gegen eine Verfügung des Verwalters zustehen, wenn sie der Ansicht sind, die Zustimmung zur Vermietung sei zu Unrecht erteilt worden.

Das WEG spricht in der parallelen Vorschrift betr. die Veräusserungsbeschränkungen von der Zustimmung "anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten" (WEG 12 I). Diese Gesetzesbestimmung wird unbestritten dahingehend ausgelegt,

134 F. Schmid, 105, Anm. 12; Friedrich, § 49, N 12.
135 Friedrich, § 49, N 13 und SJK 1303, 10 f.
136 Gegen die Teilnahme spricht sich F. Schmid, 105 aus, dafür Friedrich, § 49, N 15.
137 Eingehend dazu hinten § 21 II C.
138 Die Einsprache erheben müssen nämlich zwangsläufig die übrigen Stockwerkeigentümer; würde das Adjektiv "übrigen" im Gesetzeswortlaut weggelassen, träfe die Konstruktion hinsichtlich des Nebensatzverbs nicht mehr zu.
139 Friedrich, § 12, N 8.

dass alle übrigen oder auch nur einige Wohnungseigentümer, ein einfacher oder ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss gemeint sein können[140]. Die Wohnungseigentümer sind somit in der Regelung der Zustimmungsberechtigung frei; um nicht Machtstellungen einzelner Mitglieder aufzubauen oder zu unterstützen, empfiehlt es sich jedoch, grundsätzlich die Versammlung oder den Verwalter bzw. den Ausschuss unter Vorbehalt des Rekurses an die Versammlung für zuständig zu erklären. Nicht nur die Veräusserung, auf die sich WEG 12 I bezieht, sondern auch die Vermietung stellt ein grundlegendes Eigentumsrecht dar, dessen inhaltliche Ausgestaltung nicht ohne Not nur von einem Teil der Gemeinschaft bestimmt werden sollte. Muss ein Versammlungsbeschluss vorbereitet werden, besteht überdies die erhöhte Gewähr, dass die genaueren Umstände abgeklärt werden, was für das allfällige richterliche Verfahren nur von Vorteil ist. Noch problematischer erscheint in diesem Zusammenhang aber die Zustimmung eines Dritten: Trotz der – vorbehaltlosen – gesetzlichen Erwähnung wird man verlangen müssen, dass ein sachlicher Zusammenhang und damit eine innere Rechtfertigung des Eingriffsrechts besteht; dies dürfte etwa bei einem Verwalter, der nicht Wohnungseigentümer ist, zutreffen, nicht aber bei einem Hypothekargläubiger, denn durch die Vermietung erleidet die Eigentumswohnung keine Werteinbusse[141]. Das Zustimmungsrecht eines willkürlichen Dritten muss somit m.E. als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden[142].

4. Vermietungszwang

In den Fremdenverkehrsorten haben sich in der letzten Zeit die Appartement-Hotels als besondere Form des Stockwerkeigentums entwickelt[143]; neben der Möglichkeit der Inanspruchnahme von Dienstleistungen (z.B. Essen, Reinigung) besteht v.a. die Möglichkeit, die Eigentumswohnung zu vermieten. Vielfach handelt es sich dabei aber um ein Recht und nicht um eine Pflicht; eine Einschränkung besteht lediglich darin, dass die Vermietung über die hoteleigene Organisation vorgenommen werden muss[144]. Dies entspricht der teilweisen Übertragung der Verwaltung der Einheit auf den Verwalter.

Die Einführung eines Vermietungszwanges ist aber m.E. nicht grundsätzlich unzulässig. Gerade in Erholungsgebieten kann es zur besseren Auslastung der vorhandenen Bettenkapazität sowie insbesondere zur Verhinderung des Entstehens ausgestorbener Siedlungen während der Zwischensaisons sinnvoll sein, einen Stockwerkeigentümer zu verpflichten, während eines gewissen Teiles der Zeit, in der er die Eigentumswohnung nicht benutzt, diese zu vermieten oder durch das Hotel vermieten zu lassen. Dasselbe gilt im Zusammenhang mit Werkswohnungen: Z.B. kann

140 Bärmann/Pick, § 12, N 21.
141 Etwas anderes kann für die Veräusserung, auf die sich WEG 12 I bezieht, gelten.
142 Hinsichtlich der Nutzungsbeschränkungen des Sondereigentums haben sowohl der Bundesrat wie die Bundesregierung neue Regelungsvorschläge vorgebracht (vgl. vorne § 13 I 5; zu den Revisionsvorschlägen hinsichtlich WEG 12 hinten § 34 IV B a.E.).
143 Eingehender Aliesch, 14 ff.
144 In diesem Sinne Art. 11 des Reglementes der Happy Rancho AG (Laax) vom 16.11.1974.

vorgesehen werden, dass ein aus dem Betrieb ausscheidender Arbeitnehmer die Eigentumswohnung an einen anderen Arbeitnehmer zu verkaufen oder zu vermieten habe.

Eine Pflicht zur Vermietung einer Stockwerkeinheit ist insoweit kein Eingriff in das Eigentumsrecht, als die Nutzung nicht ausgeschlossen, sondern verlangt wird, der Wert somit erhalten bleibt. Hingegen verliert der Betroffene das Recht, untätig zu sein; dieser Verzicht erscheint nur dann als zulässig, wenn er durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist; hingegen ist er als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen, wenn ein Zusammenhang zwischen dem Vermietungszwang und der Funktion und dem Charakter der Gemeinschaft fehlt.

B Wohnrecht

1. Der Stockwerkeigentümer kann ein dingliches Nutzungsrecht (Nutzniessung, Wohnrecht) zugunsten Dritter bestellen[145]; unzulässig ist nach dem Gesetz nur die Belastung des Stockwerkeigentums mit einem Baurecht[146].

Dieses Recht darf wie das Vermietungsrecht nur aus einem wichtigen Grund beschränkt werden (ZGB 712c II und III); es gelten für das Wohnrecht dieselben Erwägungen wie bei der Vermietung[147].

2. Auch in Deutschland ist die Einräumung eines Wohnrechts an einen Dritten zulässig; hingegen stellt sich bei der Frage der Beschränkbarkeit dieses Rechts das Problem, ob nicht BGB 137 entgegenstehe. Diese Frage ist deshalb von nicht zu unterschätzender Bedeutung, weil im Falle der Unzulässigkeit der Beschränkung ein Vermietungsverbot mit der Bestellung eines Wohnrechts umgangen werden könnte.

Gegen die Zulässigkeit der Möglichkeit, das Belastungsrecht der einzelnen Stockwerkeinheit durch ein Wohnrecht in der Gemeinschaftsordnung zu beschränken, spricht sich v.a. Weitnauer aus[148]: Abgesehen vom eng auszulegenden Ausnahmefall von WEG 12 müsse es bei der grundsätzlichen Nichtigkeit dinglich wirkender rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen bleiben; mit gutem Grund habe das WEG nur die Veräusserung genannt, weil eine weiter gehende Beschränkung des Nutzungs- und Belastungsrechts einen Eingriff in die unverzichtbare Handlungsfreiheit darstelle. Gerade die letzte Überlegung vermag aber kaum zu überzeugen: Es wäre nicht einzusehen, weshalb die Beschränkung des Wohnungseigentums durch eine Veräusserungs- und Vermietungsmöglichkeit keinen unzulässigen Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit darstellte, wohl aber eine solche durch eine Belastung mit einem Wohnrecht. Hinsichtlich BGB 137 Satz 1 ist zwischen den Belastungsgeschäften im engeren Sinn und den Gebrauchsrechten zu

145 Friedrich, § 12, N 2 und SJK 1303, 11; Liver, Berner Notar 1969, 324.

146 Ausdrücklich ausgeschlossen in ZGB 675 II; auch dogmatisch ist eine Bestellung eines Baurechts nicht möglich, weil es am notwendigen Alleineigentum an der Stockwerkeinheit fehlt.

147 Vorne § 13 III A 3.

148 Weitnauer/Wirths, § 12, N 1a; Hermann Weitnauer, Die unverzichtbare Handlungsfreiheit, in: Festschrift für Friedrich Weber, Berlin/New York 1975, 436 f. Ohne Stellungnahme Bärmann/Pick, § 12, N 8 f.

unterscheiden: Die Belastung z.B. mit einem Vorkaufsrecht kann nicht mit dinglicher Wirkung beschränkt werden; anders ist jedoch die Beschränkung zu beurteilen, wenn es sich um die Belastung mit einem Gebrauchsrecht, etwa einem dinglichen Wohnrecht, handelt: Belastungsbeschränkungen dieser Art betreffen die Gebrauchsregelung (WEG 15) und damit das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, so dass sie als Inhalt des Sondereigentums eingetragen werden können[149]. Zudem ist fraglich, ob die als Inhalt des Sondereigentums eingetragene Belastungsbeschränkung überhaupt eine dingliche Wirkung auf Verfügungen hat[150].

Auch für das Wohnrecht sind die Bestimmungen von WEG 12 II und III entsprechend anzuwenden[151]; die Verweigerung der Zustimmung zur Belastung mit einem Wohnrecht muss sich somit auf einen wichtigen Grund stützen.

§ 14 Gebrauch und Nutzung an den gemeinschaftlichen Teilen

I Allgemeines

1. Ziel der Regelung des Gebrauchs und der Nutzung an den gemeinschaftlichen Gebäudeteilen muss die Statuierung einer Ordnung sein, die ein reibungsloses Zusammenleben der Stockwerkeigentümer garantiert. Insbesondere hat die Nutzungsordnung Gewähr dafür zu bieten, dass die gemeinschaftlichen Einrichtungen im Rahmen ihres Zweckes von allen benützt werden können[1].

Der Gebrauchsanspruch des einzelnen geht auf die ganze Sache. Das Recht bezieht sich also nicht auf einen Bruchteil an Gebrauchsvorteilen, sondern jeder Stockwerkeigentümer hat eine allgemeine Gebrauchsbefugnis; er ist aber insoweit eingeschränkt, als er durch seine Nutzung die Nutzung der anderen nicht beeinträchtigen darf[2]. Übermässige Beanspruchungen sind somit ausgeschlossen; vom einzelnen wird Schonung, Rücksicht und Sorgfalt verlangt.

Die Nutzung umfasst jeden materiellen und ideellen Vorteil, den Sachen oder Rechte gewähren[3]. Der Gebrauch (= Benutzung) als Sonderfall der Nutzung zeichnet sich dadurch aus, dass er meist kein Erträgnis abwirft, nicht direkt teilbar und somit nur schwer dem Quotenverhältnis entsprechend abzugrenzen ist.

Aber auch Erträgnisse (Früchte) werden gemeinschaftliches Eigentum der Stockwerkeigentümer; ohne entsprechende Vereinbarung steht ihnen kein Anteilsrecht (nach Wertquoten) zu[4], sondern der Anspruch des einzelnen geht auf die

149 So zu Recht der BGH, 15.6.1962, BGHZ 37, 209; bestätigt am 17.1.1968, BGHZ 49, 257.
150 Dazu eingehend Bopp, 95 ff.
151 BGH, 17.1.1968, BGHZ 49, 257.
1 Friedrich, SJK 1303, 3.
2 Bärmann/Pick, § 13, N 99; Hauger, 182 f; vgl. auch BayObLG, 21.3.1972, MDR 1972, 608.
3 Zur Definition der Nutzung vgl. Meier-Hayoz, Art. 643, N 20 und dort zitierte Autoren; auch Weitnauer/Wirths, § 13, N 5 f.
4 Eine solche Vereinbarung kann sich in kleineren Gemeinschaften auch stillschweigend aus den konkreten Umständen ergeben.

ganze Sache[5]. Ein Stockwerkeigentümer kann somit nicht seinen Anteil an Äpfeln des gemeinsamen Obstgartens selbständig ernten[6]; hingegen hat der einzelne das Recht, von einem Dritten seinen Anteil an zivilen Früchten (z.B. Mietzins) einzufordern[7] oder die ganze Leistung zuhanden aller Stockwerkeigentümer zu verlangen (OR 70 I).

2. Hinsichtlich der Regelung von Nutzung und Gebrauch der gemeinschaftlichen Teile räumt das Gesetz den Stockwerkeigentümern einen weiten Autonomiebereich ein. Die gesetzliche Leitlinie, dass die Zweckbestimmung die Art des Gebrauchs bestimmt und dass die Rechtsausübungsbefugnisse des einzelnen an denselben Rechten der anderen ihre Grenze finden, lässt der Vertragsgestaltung einen grossen Spielraum offen.

Bei der Konkretisierung der Nutzungsregelung muss danach gefragt werden, was vernünftigerweise angesichts der Lage und des Charakters des Gebäudes als sinnvolle Ordnung betrachtet werden kann; die gegenseitigen Beschränkungen sollen – soweit nicht eine freiwillige Toleranz spielt – verhindern, dass die "unsichtbare Harmonie und das gute Funktionieren des Systems"[8] gestört werden[9]. Bei der Regelung ist dabei nicht von der abstrakten Gebrauchsmöglichkeit des einzelnen auszugehen[10], sondern von deren Optimierung für alle. Weil in grösseren Gemeinschaften der Gebrauch derjenigen Einrichtungen, die nicht von mehreren gleichzeitig benützt werden können, einer gewissen Organisation bedarf, drängt sich die Verankerung einer Turnus-Ordnung auf. Grundsätzlich ist dabei das Gebot der Gleichbehandlung aller Stockwerkeigentümer zu beachten[11]; bei ungleichen Voraussetzungen (in einer grösseren Wohnung wird z.B. eine Pension geführt, in einer kleineren lebt nur eine Person) ist es jedoch gerechtfertigt, einem einzelnen ein grösseres Ausmass an Gebrauchsmöglichkeiten einzuräumen (unter gleichzeitiger Berücksichtigung in der Kostentragung).

3. Besteht die zu Stockwerkeigentum aufgeteilte Liegenschaft aus mehreren Gebäuden oder mehreren Hausteilen (mit eigenen Eingängen, Treppen, Terrassen), so sind Nutzung und Gebrauch auf die betreffende Untergemeinschaft zu beschränken[12]. Die übrigen sind dann auch von der Mitverwaltung und Kostentragung ausgeschlossen, ausser wenn ihnen vertraglich ein Mitbenützungsrecht eingeräumt wird.

II Die teilbare Nutzung

Die teilbaren Erträgnisse dürften wohl in den meisten Stockwerkeigentümergemeinschaften kein allzugrosses Anwendungsgebiet haben. Was die natürlichen Früchte betrifft, stehen diese grundsätzlich vorerst allen Stockwerkeigentümern gemeinsam

5 Schneider, 87; Bärmann/Pick, § 16, N 7 ff.
6 Eingehend Schneider, 87 f (mit Verweisen auf die deutsche Lehre).
7 Meier-Hayoz, Art. 646, N 66.
8 Bärmann/Pick, § 13, N 32.
9 Vgl. auch Friedrich, § 13, N 15; Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 22; Schneider, 77 f.
10 Meier-Hayoz, Art. 648, N 16; eingehend (rechtsvergleichend) auch Schneider, 78 ff.
11 Hueck, 28 ff.
12 Zur Untergemeinschaft vorne § 8 IV D.

zu; vertraglich kann jedoch vereinbart werden, dass der einzelne das direkte Recht auf den Fruchtertrag gewisser Bäume hat; besonders, wenn die Früchte selber geerntet werden müssen, ist es denkbar, dass die Rechte nur einem oder wenigen Stockwerkeigentümern zustehen, die allenfalls – als Korrelat – einer grösseren Kostentragungspflicht unterliegen. Ausser bei einer entsprechenden Vereinbarung bleiben die Früchte nicht bei der Gemeinschaft; jeder Stockwerkeigentümer hat Anspruch auf einen seiner Wertquote entsprechenden Fruchtertrag[13]. Dieses Recht auf einen solchen Sachanteil kann ihm durch Mehrheitsbeschluss nicht entzogen werden, weil damit die Nutzungsquote unzulässig beeinträchtigt würde.

Als mittelbare Früchte kommen vorwiegend Miet- und Pachtzinse in Frage. Gerade bei den Stockwerkeigentümern erscheint jedoch die direkte anteilsmässige Eintreibung durch den einzelnen ebenso wie die anteilsmässige Verteilung der Beträge als wenig sinnvoll[14]; vielmehr empfiehlt es sich, vertraglich zu vereinbaren, dass die entsprechenden Beträge in die Kasse der Gemeinschaft fliessen und zur Bestreitung der laufenden Verwaltungskosten dienen; zugleich kann der Verwalter mit den betreffenden Eintreibungshandlungen betraut werden.

III Der unteilbare Gebrauch

A Mitgebrauch oder Einräumung von Sondernutzungsrechten

1. Unbestritten ist, dass eine quotenmässige Aufteilung der Gebrauchsrechte nur schwer verwirklicht werden kann[15]; daraus hat die herrschende Lehre geschlossen, dass das Quotenprinzip bei der Gebrauchsbefugnis grundsätzlich nicht berücksichtigt werden muss, wenn auch die Formulierungen vorsichtig sind[16]. Demgegenüber hat sich in jüngerer Zeit Schneider für eine Inbetrachtziehung der Quote bei der Ordnung des Gebrauches ausgesprochen[17].

Zweifellos steht fest, dass der einzelne Stockwerkeigentümer kein dem Umfang seiner Quote entsprechendes exklusives Gebrauchsrecht besitzt: Der Nichtgebrauch der Sache durch den einen weitet die Befugnisse des anderen Stockwerkeigentümers aus. Ebenso ist unbestritten, dass sich ideelle Gebrauchsvorteile einer wirtschaftlichen Erfassung entziehen und somit einer quotenmässigen Bestimmung nur schwer zugänglich sind[18]. "Materielle Gebrauchsvorteile dagegen lassen sich objektiv bewerten. Sie liegen in der Ersparnis, die der Miteigentümer durch den Gebrauch erzielen konnte"[19]. Diese Erkenntnis ist an sich zwar durchaus zutreffend, doch erscheint der direkte Bezug zur Wertquotenverteilung zweifelhaft.

13 Meier-Hayoz, Art. 648, N 9 f; Weitnauer/Wirths, § 16, N 4, 7 f.
14 Diese Regelung wäre eher auf Miteigentumsgemeinschaften landwirtschaftlicher Prägung zugeschnitten (dazu auch vorne § 14 I).
15 Meier-Hayoz, Art. 648, N 13, basierend auf Leemann, Art. 648, N 6; Weitnauer/Wirths, § 13, N 5; BayObLG, 21.3.1972, NJW 1972, 1286.
16 Etwa Meier-Hayoz, Art. 648, N 13: "Das Gesetz grenzt also die Gebrauchsbefugnis der Miteigentümer nicht dem Quotenverhältnis entsprechend ab."
17 Schneider, 82 f.
18 So auch Schneider, 82.
19 Schneider, 82.

Auszugehen ist von den sich konkret im Widerstreit befindenden Gebrauchswünschen der Stockwerkeigentümer; der einzelne hat also nicht auf die abstrakte Gebrauchsmöglichkeit, sondern den tatsächlichen Mitgebrauch Rücksicht zu nehmen. Benützt nun ein Stockwerkeigentümer eine gemeinschaftliche Anlage offensichtlich mehr als die anderen, ohne aber deren Rechte unzulässig einzuschränken (z.B. Benützung der Waschmaschine), so fragt sich, ob dieser – überdurchschnittliche – Gebrauch nicht ausgeglichen werden soll z.B. durch eine beschränktere Beteiligung an den übrigen Nutzungen oder durch erhöhte Kostenbeiträge. Die Relation Kosten/Nutzen ist aber an sich unabhängig von der Wertquotenaufteilung; nur rein faktisch hat derjenige mit einem grossen Miteigentumsanteil, der auf Grund der subsidiären gesetzlichen Regelung (ZGB 712h I; WEG 16 II) stärker kostenpflichtig wird, auch die Berechtigung, die Einrichtungen ausgedehnter zu benützen. Der zu berücksichtigende Grundsatz der relativen gleichmässigen Behandlung[20] bezieht sich somit auf das Kosten-/Nutzenverhältnis und nicht, wie Schneider meint, auf das Verhältnis zwischen den Wertquoten und der Nutzung. Das Anteilsprinzip ist dementsprechend beim Gebrauch insoweit zu berücksichtigen, als die auf den Wertquoten basierende Beitragspflicht ihren Niederschlag auch nach billigem Ermessen in den Gebrauchsvorteilen finden muss.

2. Bei der vertraglichen Regelung des Gebrauchs haben die Stockwerkeigentümer im Rahmen des billigen Ermessens[21] einen weiten Ordnungsbereich. Neben der Art und Weise (Zweckbestimmung) ist insbesondere das Ausmass des Gebrauchs zu regeln. Dabei bieten sich verschiedene Möglichkeiten an:

- Handelt es sich um eine Anlage oder Einrichtung, die von allen Stockwerkeigentümern in etwa gleichzeitig benützt werden kann, ohne dass es zu Kollisionen bei der Ausübung der Rechte kommt, erübrigt sich grundsätzlich eine weitere Regelung über die Richtschnur hinaus, dass kein Stockwerkeigentümer einen übermässigen Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache machen kann (z.B. Zufahrtsweg, Treppenhaus, grosser mit Bäumen bestandener Park). Immerhin empfiehlt es sich unter Umständen, in Teilgeneralklauseln oder exemplifikatorisch gewisse über das zulässige Mass hinausgehende Gebrauchsmöglichkeiten ausdrücklich zu untersagen, z.B. das Abstellen der Autos auf einem Zufahrtsweg, die Lagerung von Waren im Treppenhaus, das Aufstellen eines Wohnmobils im Park).
- Bei denjenigen Anlagen und Einrichtungen, die pro Zeiteinheit nur von einem Stockwerkeigentümer benützt werden können (z.B. Waschmaschine, Trockenraum), muss ein örtlich oder zeitlich abwechselnder Gebrauch (Turnus-Nutzung[22]) vereinbart werden. Die genaueren Ausführungsbestimmungen können dabei der Regelung in der Hausordnung überlassen bleiben.
- Vielfach taucht bei einzelnen Stockwerkeigentümern der Wunsch auf, gewisse Anlagen ausschliesslich benützen zu können (v.a. Autoabstellplatz, Gartenanteil). Soweit die Ausscheidung zu Sonderrecht nicht möglich ist[23], hat die Gemeinschaft die Möglichkeit, dem einzelnen ein Sondernutzungsrecht einzuräumen. Weil dadurch die anderen Stockwerkeigentümer in diesem Bereich von der Nut-

20 Vgl. Hueck, 28 ff.
21 WEG 15 III, BGB 315 und vorne § 12 IV 7.
22 Meier-Hayoz, Art. 648, N 14; Bärmann/Pick, § 13, N 115 ff.
23 Zu den Voraussetzungen vorne § 7 III; § 8 II und III.

zung ausgeschlossen werden, bedarf es in Deutschland eines einstimmigen Beschlusses (WEG 15 I) und in der Schweiz der qualifizierten Mehrheit (ZGB 712g III); bei Entzug oder Abänderung des Sondernutzungsrechts gelten die gleichen Quoren (ohne die Zustimmung des Betroffenen geht es nur in der Schweiz, nicht aber in Deutschland)[24]. Wird einstimmig eine Gebrauchsregelung vereinbart, wonach die Benützung des gemeinschaftlichen Gartens auf Grund einer räumlichen Aufteilung jedem Stockwerkeigentümer zukommt, so ist, mangels einer anderslautenden Abrede der Beteiligten, dem einzelnen je ein gleich grosser Teil des Gartens zum Alleinbesitz zu überlassen[25]. Eine andere vertragliche Regelung bleibt jedoch vorbehalten: Insbesondere brauchen die Sondernutzungsrechte nicht gleich umfangreich zu sein und es können auch nur bestimmten Stockwerkeigentümern solche Rechte eingeräumt werden (z.B. dem Bewohner der obersten Einheit hinsichtlich der Dachterrasse oder dem Erdgeschosseigentümer in bezug auf die seinen Fenstern vorgelagerte Bodenfläche, um ihn vor Fensterguckern zu schützen).

Ein Sondernutzungsrecht geht jedoch – dies ist nochmals zu betonen – qualitativ weniger weit als ein Sonderrecht. Unzulässig sind alle Eingriffe in die Substanz des Eigentums; ebenso lassen sich grössere Veränderungen in der Gestaltung nicht vornehmen, auch wenn die übrigen Stockwerkeigentümer dadurch nicht direkt gestört werden. In diesem Sinne hat eben das Zürcher Obergericht entschieden, der Bau eines Schwimmbades in einer Bodenfläche, die einem Stockwerkeigentümer als Gartensitzplatz zur Sondernutzung zugewiesen sei, übersteige die damit verbundenen Befugnisse (auch wenn das Schwimmbad als Fahrnisbaute i.S. von ZGB 667 qualifiziert werde)[26]; das Begehren der übrigen Stockwerkeigentümer auf Entfernung desselben sei auch dann nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie durch die Anlage nicht gestört würden. Das Sondernutzungsrecht ist somit beschränkt auf den gewöhnlichen Gebrauch der zugeteilten Grundstücks- bzw. Gebäudeteile.

B Einzelne Beispiele

1. Autoabstellplätze

Autoabstellplätze im Freien können nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden. Hingegen besteht eine erhebliche Auswahl an vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten mit Nutzungsrechten; die Gemeinschaft hat aber auch die Wahl, keine Rechte auszuscheiden und die Plätze dem Mitgebrauch aller Stockwerkeigentümer offenzuhalten[27].

24 Eingehender vorne § 12 IV 4 und 5.
25 BayObLG, 21.3.1972, NJW 1972, 1286.
26 Obergericht Zürich, 24.10.1978, ZR 1978, Nr. 135.
27 Auf die Gestaltungsmöglichkeiten bei den Autoabstellplätzen ist vorne (§ 11 II B) eingehend eingegangen worden, weshalb hier eine weitere Darstellung unterbleibt.

2. Gartenbenützung

Der unbebaute Teil des Grundstücks steht im Miteigentum aller Stockwerkeigentümer; ein Sonderrecht an einem Gartenanteil kann nicht ausgeschieden werden[28]. An den daraus gezogenen Nutzungen (Früchte, Gemüse), die vorerst allen Stockwerkeigentümern gemeinschaftlich zustehen, partizipieren sie hernach entsprechend der Höhe ihrer Miteigentumsanteile (ZGB 648 I; WEG 16 I)[29]. Im übrigen hat jeder Stockwerkeigentümer ein Recht auf den Mitgebrauch; der Individualanspruch steht dabei dem einzelnen unabhängig von der Grösse seiner Wertquote und seiner Wohnung im gleichen Umfange zu[30]; immerhin ist es denkbar, dass bei einer im Turnus benutzbaren Einrichtung (z.B. Gartenpavillon) derjenige, der höhere Kostenbeiträge an die Gemeinschaft zahlt, auch stärker berücksichtigt wird[31].

Bei Grossüberbauungen in Städten stellen sich meist wenig Probleme mit der Gartenbenützung: Rasen, Bäume und Spielplätze stehen allen zur Verfügung. Einer besonderen Regelung bedürfen allenfalls spezielle Verbote (z.B. Rasen betreten, Fussball spielen). Ebenso wird sich im Einzelfall fragen, ob dem Bewohner des Erdgeschosses nicht ein Streifen Land vor seinen Fenstern als Sondernutzungsrecht einzuräumen ist, damit er ein bescheidenes Mass an ungestörtem Bewegungsraum hat.

Der Mitgebrauch darf durch die Stockwerkeigentümer nur in einer Weise ausgeübt werden, die für die anderen noch zumutbar ist. Um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, empfiehlt es sich deshalb, in der Hausordnung die wichtigsten Grundsätze der Art des Gebrauchs festzulegen. So erscheint etwa die Veranstaltung von Gartenfesten oder die Einschaltung von Radioapparaten im gemeinschaftlichen Garten als ein übermässiger Gebrauch, wenn dieses Recht den einzelnen nicht ausdrücklich eingeräumt wird; ebensowenig kann ein Stockwerkeigentümer im Garten eine Hundehütte aufstellen, einen Kaninchenstall bauen oder gar Unterkünfte für Bienenstöcke schaffen[32]. Weitere sich stellende Fragen sind etwa die Anlegung eines Sandkastens für Kinder sowie die Erstellung einer Teppich- oder Turnstange.

Vor allem in ländlichen Gegenden kann das Bedürfnis bestehen, die Bodenfläche zu unterteilen und Blumen-, Gemüse- sowie Obstgärten anzulegen. Inwieweit eine solche Gartengestaltung das Gesamtbild einer Liegenschaft beeinträchtigen könnte, ist eine Frage der konkreten Lage und Ausgestaltung des Gebäudes[33]. Wenn in der Gemeinschaftsordnung (bzw. im Reglement) anerkannt ist, dass das umliegende Land in einer solchen Weise genutzt werden darf, bestehen an sich zwei Möglichkeiten:

28 Vorne § 7 III A.
29 Vorne § 14 II.
30 BayObLG, 21.3.1972, NJW 1972, 1286; Diester, Rechtsfragen, N 219.
31 Gerade an diesem Beispiel zeigt sich wiederum, dass die abstrakte Berücksichtigung der Wertquote, wie sie Schneider (82 f) fordert, nicht anwendbar ist: Sofern es lediglich um den Gebrauch des Gartens im Sinne des gewöhnlichen Benutzens geht, können dem einen Stockwerkeigentümer gar nicht quantitativ mehr Rechte eingeräumt werden als dem anderen, und soweit die Turnusnutzung einer Einrichtung vorgesehen ist, muss auf Grund des Gleichbehandlungsprinzips die Mehrbenützung mit einer höheren Beitragspflicht korrelieren.
32 Weimar, MDR 1976, 116.
33 Vgl. Diester, Rechtsfragen, N 217.

- Durch Mehrheitsbeschluss kann der gemeinschaftliche Garten in mehrere Einzelstücke zerlegt werden; in diesen lassen sich verschiedene Nutzungen ziehen. Da es sich dabei um eine Verwaltungsangelegenheit handelt, sind alle Stockwerkeigentümer gemeinsam berechtigt und verpflichtet; durch einen entsprechenden Beschluss ist es jedoch möglich, den Verwalter mit dieser Aufgabe zu betrauen[34].
- Der Garten kann aber auch eigentlich "geteilt" werden; den einzelnen Stockwerkeigentümern lässt sich an einem bestimmten Stück ein Sondernutzungsrecht einräumen. Damit die Nutzungen nicht allzuweit voneinander abweichen und einander unter Umständen sogar beeinträchtigen, dürfte es häufig sinnvoll sein, Richtlinien für die Bepflanzung zu erlassen. Die Anordnung der räumlich aufgeteilten Gartenbenutzung bedarf in Deutschland der Einstimmigkeit, in der Schweiz der qualifizierten Mehrheit[35]. Fehlt es an einer weiteren Konkretisierung, so ist jedem Stockwerkeigentümer ein gleich grosser Teil des Gartens zum Alleinbesitz zu überlassen[36].

Die Begründung für das Einstimmigkeitsprinzip in Deutschland liegt darin, dass, soweit ein Sondernutzungsrecht besteht, die anderen Wohnungseigentümer vom Gebrauch der Sache ausgeschlossen sind; immerhin kann es sich fragen, ob die Wohnungseigentümer nicht mit einem einstimmigen Beschluss die grundsätzliche Möglichkeit der Einräumung von Sondernutzungsrechten vereinbaren und die konkrete Ausscheidung der einzelnen Teilstücke einem Mehrheitsbeschluss vorbehalten können; die Frage ist m.E. zu bejahen: Der einzelne spricht sich nämlich damit für den Verzicht auf gewisse – noch zu bestimmende – Grundstücksflächen aus, was an sich zulässig ist, sein Schutz beim Mehrheitsbeschluss besteht zudem noch darin, dass dieser das Gleichbehandlungsgebot und den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten hat und nicht gegen die guten Sitten verstossen darf[37].

Schliesslich besteht auch die Möglichkeit, einem oder mehreren Stockwerkeigentümern eine Dienstbarkeit einzuräumen[38].

Eine Gartenbenützung kann auch eine bauliche Veränderung darstellen. Diester[39] erwähnt folgenden Fall: Ein Stockwerkeigentümer war von Beruf Arzt und führte in der angrenzenden Liegenschaft, deren Eigentümer er war, seine Praxis; auf den normalen Wegen und Zugängen hätte er einige hundert Meter gehen müssen; durch Mehrheitsbeschluss räumte ihm die Gemeinschaft das Recht ein, einen 15 m langen Plattenweg durch den Garten zu seinem Grundstück anzulegen und die Gartenmauer zu durchbrechen. Die gerichtliche Anfechtung durch die unterlegene Minderheit blieb erfolglos; zwar handelt es sich bei der Anlegung nicht um einen ordnungsmässigen Gebrauch oder um eine solche Verwaltung, doch ist die Beeinträchtigung durch diese bauliche Veränderung (WEG 22) den anderen Wohnungseigentümern im Sinne von WEG 14 zumutbar.

34 Weimar, MDR 1976, 116.
35 Dazu Friedrich, § 2, N 11 und eingehend Flattet, 1966, 29 f.
36 BayObLG, 21.3.1972, NJW 1972, 1286.
37 In einer Randbemerkung hat das KG (3.9.1971, NJW 1972, 691) festgestellt, dass ein Mehrheitsbeschluss, der einzelne Eigentümer willkürlich von der Benutzung einer für alle geschaffenen Gartenanlage ausschliesse, gegen die guten Sitten verstosse.
38 Zur Begründung von Dienstbarkeiten sollte aber nur geschritten werden, wenn eine Nutzungsregelung nicht möglich ist, weil diese die dem Stockwerkeigentum adäquate Regelungsform ist (dazu vorne § 10 II B).
39 Diester, Rechtsfragen, N 222 ff.

3. Antennen

Im Bereiche seines Sonderrechts kann ein Stockwerkeigentümer ohne Einwilligung der anderen eine Radio- und Fernsehantenne aufstellen (Innenantenne); sie darf nur nicht so stark sein, dass der Empfang für die übrigen gestört wird.

Heute wird jedoch normalerweise die Gemeinschaft eine Hochantenne auf dem Dach erstellen oder sich einer grösseren Quartierantenne anschliessen. Eine solche Antenne steht grundsätzlich im gemeinschaftlichen Eigentum, ausser wenn sie für mehrere Liegenschaften dient[40]. Da beim Kauf der Eigentumswohnungen die Antenne meist steht und der einzelne einen Anschluss in seiner Wohnung hat, sind im Normalfall alle Stockwerkeigentümer an den Erstellungskosten beteiligt. Für die laufenden Unterhaltskosten kann vertraglich vereinbart werden, dass nur diejenigen Stockwerkeigentümer, die über einen angeschlossenen Radio- oder Fernsehapparat verfügen, beitragspflichtig sind. Es ist aber auch zulässig, zu bestimmen, dass eine Verweigerung der Beteiligung an den Gemeinschaftsanlagen nicht möglich ist[41].

Es stellt sich jedoch die Frage, ob bei grösseren Anpassungsarbeiten an die Fortschritte der Technik alle Stockwerkeigentümer zustimmen und an sie bezahlen müssen. Die deutsche Rechtsprechung ist sich diesbezüglich nicht einig[42]; m.E. ist angesichts der ständig steigenden Bedeutung der Massenkommunikationsmittel grundsätzlich davon auszugehen, dass eine Empfangsantenne zur gewöhnlichen Ausstattung eines Mehrfamilienhauses gehört und bauliche Massnahmen mit der Mehrheit beschlossen werden können[43]; eine Grenze gilt jedoch auch für verbessernde Anordnungen dort, wo die Kosten der Erweiterung bereits vorhandener Anlagen unverhältnismässig hoch wären.

In diesem Sinne ist der Argumentation des AG Starnberg[44] zuzustimmen: "Es muss als der Wille sowohl desjenigen, der das Wohnungseigentum ausgab, als auch derjenigen, die die Eigentumswohnungen erwarben, unterstellt werden, dass eine solche technische Anlage, wie sie die Fernsehantenne darstellt, stets an den Stand der technischen Entwicklung angepasst und auf den Stand gebracht wird, der jeweils dieser technischen Entwicklung entspricht ... Er hat ... einen Anspruch darauf, ... dass sich alle anderen Wohnungseigentümer, ohne Rücksicht auf ihr Interesse am Fernsehempfang und auf ihr Interesse am Empfang des jeweils neuen Programms daran beteiligen. Auch für die anderen, am Fernsehempfang etwa überhaupt nicht oder jedenfalls an der Erweiterung der Anlage auf ein weiteres Programm nicht interessierten Wohnungseigentümer war die Möglichkeit einer laufenden technischen Weiterentwicklung in der modernen Zeit ohne weiteres erkennbar, und sie hatten daher auch voraussehen können, dass auch die vorhandene Fernsehanlage dieser Entwicklung eines Tages werde angepasst werden müssen."

Im Mietrecht ist weitgehend anerkannt, dass der Mieter das Recht hat, eine Antenne auf dem Dach anzubringen[45]; er hat dabei aber auf die anderen Mieter Rücksicht zu

40 Vgl. eingehend vorne § 7 III D 2.
41 So auch AG Starnberg, 10.3.1970, MDR 1970, 679.
42 Nach dem AG Starnberg (10.3.1970, MDR 1970, 679 f) handelt es sich um eine ordnungsmässige Verwaltungshandlung, nach dem AG Wiesbaden (10.9.1965, MDR 1967, 126 f; nur in Leitsätzen) um eine bauliche Veränderung.
43 Vgl. auch Bärmann/Pick, § 13, N 124.
44 AG Starnberg, 10.3.1970, MDR 1970, 679 f.
45 So in eingehender Auseinandersetzung mit Lehre und Rechtsprechung das AG Hamburg, 4.12.1952, MDR 1953, 422; vgl. weiter Sprenger, 69; Palandt/Putzo, § 550, N 2; E. Schmid, Art. 261, N 3; AG Wiesbaden, 10.9.1965, MDR 1967, 126 f.

nehmen, die gemeinsamen Interessen zu beachten und die Antenne ist gemäss den Fachvorschriften zu erstellen sowie zu versichern. Dieselben Grundsätze müssen auch für das Stockwerkeigentum gelten. Grundsätzlich kann somit durch Mehrheitsbeschluss einem Stockwerkeigentümer nicht untersagt werden, eine Dachantenne zu installieren, insbesondere dann nicht, wenn der Empfang mit einer Zimmerantenne schlecht ist; hingegen erscheint eine Verweigerung der Bewilligung dann als zulässig, wenn bereits eine Dachantenne oder eine grössere Gemeinschaftsantenne vorhanden ist, an die der Betroffene ohne unzumutbare Umtriebe anschliessen kann; ebenso dürfte es wohl zulässig sein, eine Antenne auf einem kulturhistorisch bedeutsamen und schützenswerten Altstadtbau zu untersagen.

4. Beschilderungen, Reklamen

a) Briefkästen und Namensschilder können regelmässig nicht im Bereiche des Sonderrechts angebracht werden. Dennoch hat jeder einzelne einen Anspruch darauf, der ihm durch einen Mehrheitsbeschluss nicht entzogen werden kann. Da aber durch eine individuelle Ausgestaltung solcher Einrichtungen das Gesamtbild des gemeinschaftlichen Gebäudes (äusseres Aussehen) beeinträchtigt werden könnte, ist es zulässig, wenn die Gemeinschaft mit einem Mehrheitsentscheid vereinheitlichende Vorschriften hinsichtlich Art, Montage, Farbgebung und Ort der Anbringung von Briefkästen und Namensschildern erlässt; auch die unterliegende Minderheit ist dadurch gebunden[46].

b) Üben einzelne Stockwerkeigentümer in ihren Wohnungen freiberufliche Tätigkeiten (Arztpraxis, Antwaltsbüro) aus, muss ihnen erlaubt werden, eine spezielle Beschilderung vorzunehmen; mit der Gestattung einer solchen Berufsausübung erhält der Betroffene auch einen Anspruch auf das Anbringen der berufsüblichen Hinweise[47]. Das Format und der äussere Eindruck der Hinweistafel werden meist schon durch die Standesvorschriften der entsprechenden Berufsgattung in gewisse Grenzen gewiesen sein[48]; aber auch im Hinblick auf den Bestimmungszweck (Lage und Charakter der Liegenschaft) darf durch eine solche Beschilderung das ästhetische Aussehen nicht gestört werden. Auf Grund der konkreten Umstände entscheidet sich dementsprechend ebenso, ob das Hinweisschild an der Hausfassade oder am Gartentor anzubringen ist und ob etwa dem Berufsausübenden gestattet werden soll, einen grösseren bzw. zusätzlichen Briefkasten zu montieren. Falls in demselben Haus mehrere Stockwerkeigentümer berufliche Tätigkeiten ausüben, ist der Gleichheitsgrundsatz zu beachten: Es darf dem einen nicht ein grösserer Raum und eine weiter gehendere Ausgestaltungsfreiheit als dem anderen eingeräumt werden.

Sind in der Stockwerkeigentumsanlage eigentliche gewerbliche Tätigkeiten erlaubt, muss die Freiheit bei der Beschilderung noch grösser sein. Soweit Ästhetik, Charakter, Lage und Bestimmungszweck des Gebäudes nicht erheblich gestört wer-

46 Vgl. hinsichtlich des Mietrechts Sprenger, 69.
47 Bopp, 107 f.
48 Z.B. das zürcherische Anwaltsgesetz vom 3.7.1938, Art. 7 II.

den, erscheint es unzulässig, das Anbringen von Tafeln usw. zu verbieten[49]. Insbesondere hat die Gemeinschaft keinen Einfluss auf die graphische Gestaltung des Hinweisschildes[50]. Das Versagen der Genehmigung der Anbringung eines Werbeschildes an einer Geschäftsstrasse darf auch nicht zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung eines berechtigten Werbebedürfnisses führen. Im Einzelfall sind deshalb die Interessen des Gewerbetreibenden an einer möglichst effektvollen Bekanntmachung seiner Tätigkeit und diejenigen der Stockwerkeigentümer an der Nichtbeeinträchtigung der Liegenschaft gegeneinander abzuwägen; grundsätzlich ist dabei jedenfalls davon auszugehen, dass Licht und Luft nicht weggenommen sowie das Öffnen der Fenster nicht behindert werden dürfen. Eine Grenze ergibt sich überdies daraus, dass eine umfangmässig gleiche Werbung an einem entsprechend günstigen Ort auch den anderen, gewerblich tätigen Stockwerkeigentümern möglich sein muss; die zur Verfügung stehende Werbefläche darf somit nicht monopolisiert werden[51].

Bei Ladenlokalen fragt sich im besonderen, inwieweit deren Inhaber berechtigt sind, auch Warenautomaten oder mobile Stände auf dem Platz oder der Strasse vor der Verkaufslokalität aufzustellen. Im Mietrecht ist die Frage umstritten[52]; solange die anderen Stockwerkeigentümer dadurch nicht erheblich beeinträchtigt werden (z.B. Verstopfung des Hauseinganges, unzumutbare Immissionen durch die nächtliche Benützung), sollte m.E. kein allzu kleinlicher Massstab angelegt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Aufstellung eines Warenautomaten oder eines Verkaufsstandes keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse mehr im Wege stehen.

c) Reklametafeln und Hinweisschilder von Dritten können in Deutschland nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer am Gebäude oder im Garten angebracht werden (Belastung des gemeinschaftlichen Eigentums). Weil dem einzelnen damit ein Vetorecht zusteht, dürfte eine Werbekonkurrenz kaum eintreten. Wie ist die Rechtslage in der Schweiz? M.E. handelt es sich dabei um eine Belastung im Sinne von ZGB 648 II, die ebenfalls einstimmig zu beschliessen ist; die Vergabe von Reklameplätzen gehört nicht zur Verwaltungstätigkeit der Gemeinschaft, die der Mehrheitsbeschlussfassung unterliegt. Selbst wenn man dies annähme, wäre aber analog dem Mietrecht davon auszugehen, dass es der Gemeinschaft untersagt ist, eine Reklametafel von einer Firma, die mit einem Stockwerkeigentümer in Konkurrenz steht, anbringen zu lassen[53]. Wird ein neueintretender Stockwerkeigentümer durch eine bisherige Reklame beeinträchtigt, hat er keinen Anspruch auf deren Beseitigung; hingegen dürfte die Gemeinschaft wohl verpflichtet sein, den entsprechenden Vertrag auf den nächstmöglichen Termin hin zu kündigen.

49 Bärmann/Pick, § 13, N 120.
50 Soweit die Darstellung nicht z.B. unsittlich ist.
51 Bopp, 108.
52 Vgl. die Kontroverse zwischen Bertermann (Der Warenautomat am Ladenlokal des Mieters, NJW 1950, 814 f) und W. Dickertmann (Der Warenautomat am Ladenlokal des Mieters. Eine Entgegnung, NJW 1951, 16).
53 Sprenger, 70.

5. Schliessen der Haustüre

Bei der Frage, ob die Haustüre des Gebäudes ständig geschlossen sein soll oder nicht, gehen die Meinungen der Stockwerkeigentümer vielfach auseinander; während die Mitglieder der Gemeinschaft, die im Haus nur wohnen, meist eher darauf tendieren, die Türe geschlossen zu lassen (ausser wenn Kinder ein- und ausgehen wollen), sind diejenigen, die eine berufliche Tätigkeit ausüben (z.B. Arztpraxis) an einem Offenstehen der Türe interessiert[54]. Es drängt sich deshalb auf, diese Frage vertraglich zu regeln. Eindeutig ist die Sachlage, wenn sich bereits die Gemeinschaftsordnung (bzw. das Reglement) für die eine oder andere Lösung entscheidet; eine Abänderung ist dann nur einstimmig (bzw. mit qualifizierter Mehrheit) möglich. Falls eine Mehrheit sich in einem Beschluss oder in der Hausordnung für oder gegen das Schliessen der Haustüre entscheidet, muss die Abänderung mit dem gleichen Quorum zulässig sein; es kann nicht ein einstimmiger Beschluss verlangt werden[55], weil die Stockwerkeigentümer nicht in ihren individuellen Rechten tangiert werden. Hingegen kann ein solcher Entscheid angefochten werden mit der Begründung, der Ausgang der Abstimmung entspreche nicht dem ordnungsmässigen Gebrauch oder den billigen Interessen; bei der richterlichen Entscheidung sind die Interessen der Beteiligten am Offen- oder Geschlossenhalten der Haustür gegeneinander abzuwägen[56]. Wenn eine vertragliche Regelung fehlt, kann der einzelne nach deutschem Recht (ein entsprechender Anspruch fehlt im schweizerischen Recht[57]) vom Richter die Anordnung einer entsprechenden Gebrauchsordnung nach billigem Ermessen verlangen (WEG 15 III).

54 Eingehend dazu Diester, Rechtsfragen, N 227 ff.

55 So aber Diester, Rechtsfragen, N 233.

56 Vgl. LG Wuppertal, 30.5.1972, Rechtspfleger 1972, 451 f, 453. Nach diesem Entscheid ist ein Mehrheitsbeschluss, der in Wohngebäuden mit Eigentumswohnungen das Offenhalten der Haustüre gestattet, dann nicht ordnungsmässig, wenn er berechtigten schutzwürdigen Interessen der Minderheit zuwiderläuft und seine Auswirkungen sich im wesentlichen gegen diese richten. Zu weitgehend demgegenüber Diester (Rechtsfragen, N 231) und in seiner Anmerkung zum Entscheid des LG Wuppertal (Rechtspfleger 1972, 453), wonach bei reinen Wohngebäuden ein Offenhalten der Haustüre über längere Tageszeiten – von vorneherein – nicht als ordnungsmässig angesehen werden kann; auszugehen ist immer von der Interessenabwägung auf Grund der konkreten Umstände.

57 Vorne § 12 IV 7.

2. Kap.

Die Kostentragung

§ 15 Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Kostenverteilung

I Die gesetzliche Regelung

1. ZGB 712h I und WEG 16 II legen übereinstimmend fest, dass die Stockwerkeigentümer an die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums und an die Kosten der gemeinschaftlichen Verwaltung Beiträge nach Massgabe ihrer Wertquoten zu leisten haben. Im Stockwerkeigentum ist somit die für das Miteigentumsrecht schon seit langem geltende Regelung übernommen worden (ZGB 649; BGB 748). Dass mehrere Berechtigte eines Miteigentumsverhältnisses die gemeinschaftlichen Lasten und Kosten gemeinsam zu tragen haben, wobei jedoch intern die Belastung des einzelnen zu der Grösse seines Anteiles proportional ist, entspricht auch den Anforderungen des relativen Gleichbehandlungsprinzips[1]: In Korrelation zur entsprechenden Verteilung der Nutzungen[2] ist diese Kostenverteilung sachgerecht[3].

2. WEG 16 II zählt die einzelnen Arten der Ausgaben der Gemeinschaft nicht auf; erwähnt sind – generalklauselartig – die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums. Demgegenüber nennt ZGB 712h II Beispiele, wobei der Katalog ausdrücklich als nicht abschliessend ("namentlich") gekennzeichnet ist; dazu gehören die Auslagen für den laufenden Unterhalt (Reparaturen, Erneuerungen), die Kosten der Verwaltungstätigkeit, die den Stockwerkeigentümern insgesamt auferlegten öffentlich-rechtlichen Abgaben, die Zins- und Amortisationszahlungen.

Zu den gemeinschaftlichen Lasten und Kosten zählen im einzelnen etwa[4,5]:

- die Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums:
  = laufende Unterhaltskosten für die gemeinschaftlichen Gebäudeteile (inklusive Kosten für Dienstleistungen, z.B. Reinigungsarbeiten, Kaminfeger) sowie Erneuerungskosten, die

1 Vgl. Hueck, 28 ff.
2 Vorne § 14 II.
3 Eingehend zur Berechnung der Wertquoten vorne § 9 II C 2. Sowohl in der Schweiz wie in Deutschland brauchen die Wertquote und die proportionale Ausscheidung zu Sonderrecht bzw. der wirtschaftliche Wert des Sonderrechts nicht übereinzustimmen (vorne § 9 II C 1). Liegen solche disproportionale Verhältnisse vor, drängt sich eine Änderung des dispositiv angeordneten gesetzlichen Kostenverteilungsschlüssels auf (vgl. auch ZGB 712h III).
4 Im einzelnen Friedrich, § 17, N 1 ff und SJK 1303, 5 f; Bärmann/Pick, § 16, N 39 ff; Weitnauer/Wirths, § 16, N 10 ff.
5 Es kann hier nicht darum gehen, einen umfassenden Überblick über alle möglichen gemeinschaftlichen Lasten und Kosten zu geben; es soll nur beispielsweise auf einige wichtige Fallgruppen hingewiesen werden. Ob in einem konkreten Fall der einzelne Stockwerkeigentümer oder die Gemeinschaft kostenpflichtig ist, beurteilt sich vom Gläubiger aus auf Grund des von ihm eingegangenen Vertragsverhältnisses; im Innenverhältnis dürfte entscheidend sein, zu wessen Nutzen die fragliche Massnahme angeordnet wurde; profitieren sowohl der Stockwerkeigentümer als auch die Gemeinschaft davon, sind die Grundsätze des Bereicherungsrechts heranzuziehen.

sich als nötig erweisen, um die gemeinschaftlichen Sachen in einem solchen Zustand zu erhalten, dass sie ihrer Zweckbestimmung dienen können (Dach- und Fassadenerneuerung usw.);
= Kosten für die Verhinderung einer Verschlechterung des Zustandes (z.B. präventive Erstellung einer Lawinenschutzmauer) oder die Beseitigung einer bereits eingetretenen Verschlechterung (z.B. Behebung von Mauerrissen nach einem Erdbeben, Behebung von Wasserschäden und Brandzerstörungen);
= bauliche Unterhalts- sowie Betriebskosten der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen (Heizung, Wasser, Gas, Strom; die Kostentragungspflicht kann aber auch bestehen für Fernseh- und Radioempfangsanlagen, Klingel-, Türöffnungs- und Gegensprechanlagen sowie für die Beleuchtung gemeinschaftlicher Räume[6]);
= Aufwendungen für ausserordentliche Erneuerungs- und Umbauarbeiten, sofern alle Stockwerkeigentümer zugestimmt haben[7];
= Kosten der Verwaltungstätigkeit; dazu gehören die Bezahlung des Verwalters und sonstiger Hilfspersonen, die Bezahlung eines allfälligen Ausschusses oder einer Kontrollstelle, die Prämien für die Versicherung des Gebäudes gegen Feuer- und Wasserschaden sowie für die Haftung als Werkeigentümer, die Auslagen für die Durchführung der Stockwerkeigentümerversammlungen, die Kosten für den Kauf und den Unterhalt notwendiger beweglicher Sachen (z.B. Rasenmäher, Schneeräummaschine) usw.;
– die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums:
= Kapitalkosten[8], insbesondere auch Baurechtszinsen[9];
= öffentlich-rechtliche Beiträge und Steuern, soweit sie den Stockwerkeigentümern insgesamt auferlegt sind[10,11];
– Ersatz von Aufwendungen, die ein Stockwerkeigentümer im Interesse der Gemeinschaft (z.B. als dringliche Massnahme) getroffen hat[12].

Bei den gemeinschaftlichen Kosten braucht es sich nicht immer um direkt notwendige Kosten zu handeln. Zulässig sind auch solche Massnahmen, welche die Sache in jenem Zustand, in dem sie den Stockwerkeigentümern denjenigen Nutzen bringt, der ihr von Natur aus eigen ist, erhalten.

3. Sowohl ZGB 712h I wie WEG 16 II sind, entsprechend ihren Vorbildern (ZGB 649; BGB 748)[13], dispositiver Natur[14,15]; die Verteilung der Kosten nach

6 Friedrich, § 17, N 5.
7 Wenn ein Stockwerkeigentümer nicht zustimmt (und auch nicht zustimmen muss), trägt er keine Kosten, weshalb die Ausgaben nicht aus der gemeinschaftlichen Kasse bestritten werden dürfen.
8 In Deutschland ist umstritten, ob die Kapitalkosten zu den gemeinschaftlichen Lasten zu rechnen sind (so Bärmann/Pick, § 16, N 39 sowie Kurzkommentar, 81; BayObLG, 28.5. 1973, NJW 1973, 1881 = DNotZ 1974, 78 ff mit ausführlichem Überblick über Rechtsprechung und Lehre) oder eine eigene Kategorie darstellen (so insbesondere Weitnauer in einer eingehenden Anmerkung zum erwähnten Urteil des BayObLG, DNotZ 1974, 82 ff sowie in Weitnauer/Wirths, § 16, N 10).
9 Vgl. Friedrich, § 17, N 8; zu beachten ist, dass es sich bei den in ZGB 712h II 4 erwähnten Amortisationszahlungen nicht um Lasten der Gemeinschaft, sondern um solche aller Stockwerkeigentümer handelt (vgl. Ch. Müller, 61, 64).
10 Die Grundsteuern fallen gemäss WEG 61 beim einzelnen Wohnungseigentümer an (zu den Einzelheiten vgl. die Kommentatoren zu WEG 61).
11 Für das schweizerische Recht vgl. Friedrich, § 17, N 10 ff; Frei, 86 ff; Ch. Müller, 59.
12 Im einzelnen Bärmann/Pick, § 16, N 68 ff.
13 Meier-Hayoz, Art. 649, N 1; Staudinger/Kober/Vogel, § 748, N 1 i.V.m. § 743, N 3.
14 Friedrich, § 18, N 3 und ZBGR 1973, 143 f; K. Müller, 178; Bärmann/Pick, § 16, N 116; Weitnauer/Wirths, § 16, N 2; Palandt/Bassenge, § 16, N 1; BayObLG, 21.4.1972, NJW 1972, 1376.
15 Demgegenüber müssen nach dem österreichischen Wohnungseigentumsgesetz vom 1.7.1975 der Wert der einzelnen Wohnungen und der Anteil am gemeinschaftlichen Eigentum übereinstimmen (vgl. § 3 I, 7 I, 12 I).

den Wertquoten kann also abbedungen werden. Eine anderslautende vertragliche Regelung hat aber den Vorrang vor den Gesetzesbestimmungen nur insoweit, als eine Ergänzung zu diesen oder eine Abweichung von ihnen erkennbar gewollt ist[16]. Dies ist besonders dann angebracht und sachgerecht, wenn Nutzung und Gebrauch ebenfalls nicht den Anteilen entsprechen[17]. Deshalb sieht ZGB 712h III ausdrücklich vor, dass bei der Verteilung der Kosten zu berücksichtigen ist, wenn bestimmte gemeinschaftliche Bauteile, Anlagen und Einrichtungen einzelnen Stockwerkeinheiten nicht oder nur in ganz geringem Masse dienen.

Den Grundsatz der anteiligen Kostentragung hat das Gesetz zudem in einigen Fällen selber durchbrochen: So ist derjenige, der sich an nützlichen oder luxuriösen Massnahmen nicht beteiligt, auch nicht kostenpflichtig (ZGB 647d III, 647e II; WEG 22 I a.E. i.V.m. 16 III)[18,19] oder der Inhaber einer luxuriös ausgestatteten Eigentumswohnung hat vorweg einen Prämienanteil an die Vesicherung zu bezahlen (ZGB 712m I 6).

4. Wo liegen nun die Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit der Stockwerkeigentümer? Sowohl das schweizerische wie das deutsche Recht treffen keine ausdrücklichen Anordnungen. Die Frage nach den Grenzen des Autonomiebereiches kann sich dabei in zwei Fällen stellen:

- Verzichten die Stockwerkeigentümer auf eine vertragliche Regelung, bleibt es bei der gesetzlichen Berechnungsgrundlage nach Wertquoten; diese gilt auch dann, wenn sie nicht vollständig gerecht ist; soll sie aber für denjenigen verbindlich sein, der unverhältnismässig (übermässig) belastet wird?
- Hält im schweizerischen Recht ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss der Stockwerkeigentümer, der hinsichtlich der Kostenverteilung grob sachwidrig ist (z.B. unbillige Belastung der Minderheit) vor dem Gesetz stand?
- Kann sich in Deutschland ein anfänglich begünstigter Wohnungseigentümer dank seines Vetorechts (wegen der Einstimmigkeit) seine Vorzugsstellung auf alle Zukunft hin sichern?

M.E. sind die Fragen zu verneinen, denn in diesem Bereich muss der Grundsatz von Treu und Glauben fruchtbar gemacht werden (ZGB 2; BGB 242): Der Richter darf auf entsprechendes Begehren des (der) Betroffenen hin eine formell richtig zustande gekommene Regelung nicht schützen, wenn sie so erheblich von einer vernünftigen Kostenverteilung abweicht, dass das Festhalten daran dem (den) Benachteiligten nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann[20].

16 BayObLG, 21.4.1972, NJW 1972, 1376.

17 Die Kostenverteilung nach Wertquoten ist beispielsweise nicht sachgerecht, wenn der Eigentümer der Attika-Wohnung (hohe Wertquote wegen guter Lage) nur relativ kleine bzw. wenige Zimmer (kleinerer Wärmebedarf) hat.

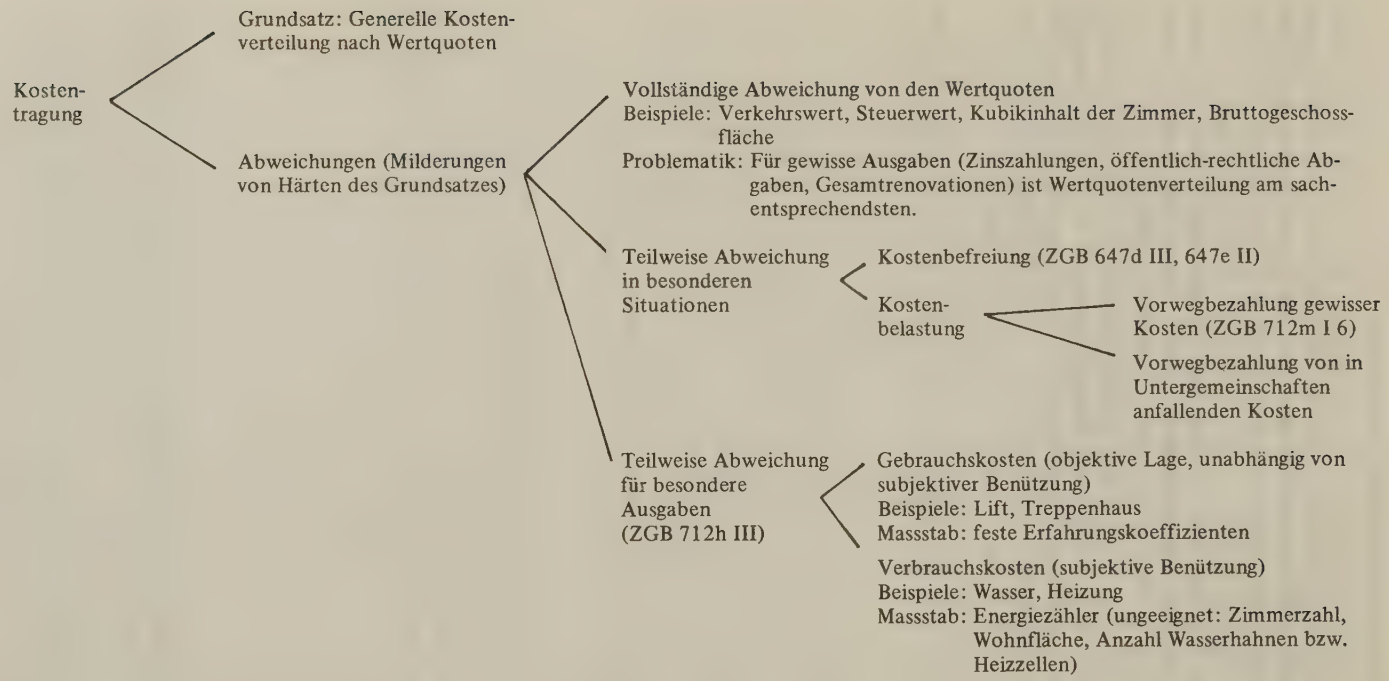
18 Hinten § 17 III D und § 18 III B.

19 Vgl. auch Schneider, 147 f.

20 Weitnauer/Wirths, § 16, N 2a; Tasche, DNotZ 1973, 460 ff; eingehender nachfolgend III 4 c sowie insbesondere Weber, ZBGR 1979, 166 ff und 170 ff.

II Die Ausgestaltung des Verteilungsschlüssels

1. Sowohl das schweizerische wie das deutsche Recht ordnen an, dass die Kosten grundsätzlich gemäss der Wertquote (Miteigentumsanteil) zu verteilen sind (ZGB 712h I; WEG 16 II). Dabei handelt es sich aber nur um einen dispositiven Vorschlag des Gesetzgebers; die Parteien können auch eine andere Regelung vereinbaren. Das Wertquotenprinzip ist nämlich unter Umständen in gewissen Bereichen nicht sachgemäss und unbillig. Möglich ist eine teilweise Abweichung von der Verteilung nach Wertquoten insoweit, als gewisse Kosten einem einzelnen vorweg auferlegt werden (bzw. einer bestimmten Gruppe), eine teilweise Abweichung dadurch, dass ein anderer Kostenverteilungsmassstab für gewisse Ausgaben gewählt wird, oder eine vollständige Abweichung, wobei an Variablen (z.B. Gebrauchsintensität) oder Invariablen (z.B. Bruttogeschossfläche) angeknüpft werden kann. Die verschiedenen Möglichkeiten lassen sich zu folgendem Überblick zusammenfassen:


Kostentragung
Grundsatz: Generelle Kostenverteilung nach Wertquoten
Abweichungen (Milderungen von Härten des Grundsatzes)
Vollständige Abweichung von den Wertquoten
Beispiele: Verkehrswert, Steuerwert, Kubikinhalt der Zimmer, Bruttogeschossfläche
Problematik: Für gewisse Ausgaben (Zinszahlungen, öffentlich-rechtliche Abgaben, Gesamtrenovationen) ist Wertquotenverteilung am sachentsprechendsten.
Teilweise Abweichung in besonderen Situationen
Kostenbefreiung (ZGB 647d III, 647e II)
Kostenbelastung
Vorwegbezahlung gewisser Kosten (ZGB 712m I 6)
Vorwegbezahlung von in Untergemeinschaften anfallenden Kosten
Teilweise Abweichung für besondere Ausgaben (ZGB 712h III)
Gebrauchskosten (objektive Lage, unabhängig von subjektiver Benützung)
Beispiele: Lift, Treppenhaus
Massstab: feste Erfahrungskoeffizienten
Verbrauchskosten (subjektive Benützung)
Beispiele: Wasser, Heizung
Massstab: Energiezähler (ungeeignet: Zimmerzahl, Wohnfläche, Anzahl Wasserhahnen bzw. Heizzellen)

2. Je nach dem Charakter der Stockwerkeigentümergemeinschaft lassen sich vorerst gewisse Kosten von der gemeinschaftlichen Tragung ausschliessen. Ausdrücklich hält dies das schweizerische Recht hinsichtlich der Versicherungsbeiträge fest: Der Stockwerkeigentümer, der seine Räume mit ausserordentlichen Aufwendungen ausgestaltet, kann zur Zahlung eines zusätzlichen Prämienanteils angehalten werden, wenn er nicht eine Zusatzversicherung auf eigene Rechnung abschliesst (ZGB 712m I 6). Dies kann aber auch für andere gemeinschaftliche Kosten gelten: Falls in einem mehrheitlich Wohnzwecken dienenden Haus eine Arztpraxis geführt wird, ist es gerechtfertigt, dem betreffenden Eigentümer vorweg einen Teil der Reinigungskosten aufzubürden; ebenso hat der Inhaber eines Verkaufsladens einen zusätzlichen Strom- und evtl. Wasseranteil zu bezahlen. Auch kann mit der Einräumung von Sondernutzungsrechten (z.B. Dachterrasse) eine Verpflichtung des betreffenden Stockwerkeigentümers verbunden werden, für die laufenden Unterhaltskosten aufzukommen (besonders wichtig ist eine Regelung in Zweifelsfragen, z.B. Balkone). Im umgekehrten Sinne sieht denn das schweizerische Recht auch entsprechend vor, dass derjenige eine gewisse Kostenbefreiung beanspruchen kann, der an bestimmten Einrichtungen nicht oder fast nicht beteiligt ist (ZGB 712h III)[21].

Eine grundsätzliche Differenzierung ist überdies dann geboten, wenn sich die Gemeinschaft auf mehrere Gebäude oder doch auf selbständige Einheiten mit mehreren Stockwerken (mit eigenen Treppenhäusern und Lifts) erstreckt[22]. Für die Kosten, die nur in den entsprechenden Untergemeinschaften anfallen[23], haben die betroffenen Stockwerkeigentümer selber aufzukommen; massgebend ist die Trennbarkeit von den übrigen Gebäudekomplexen, was je nach der technischen Organisation für den Lift, die Beleuchtungs- und Reinigungskosten, allenfalls die Heizung oder Gartenpflege zutrifft. Auch in Deutschland scheint sich unterdessen die Ansicht durchgesetzt zu haben, dass diejenigen Wohnungseigentümer, die an gewissen Einrichtungen auf Grund der baulichen Situation gar nicht beteiligt sein können, nicht zur Kostentragung heranzuziehen sind[24].

3. Von der grundbuchlich eingetragenen Anteilsquote (ZGB 712h I, WEG 16 II) kann generell dadurch abgewichen werden, dass die Kostenverteilung auf den tatsächlichen Verkehrswert der Einheiten abgestützt wird. Dieser wäre zu schätzen;

21 Zum deutschen Recht vgl. Diester, Rechtsfragen, N 111 ff, 165; Röll, Teilungserklärung, 30.
22 Friedrich, § 19, N 7.
23 Zu den Untergemeinschaften vorne § 8 IV D und hinten § 21 II D.
24 Das AG Hamburg hat mit Beschluss vom 22.10.1973 (Der Wohnungseigentümer 1974, 28) die Meinung vertreten, dass die Betriebskosten für die Fahrstühle einer Wohnungseigentumsanlage mangels einer abweichenden Vereinbarung auf Grund der Miteigentumsanteile zu verteilen sind, auch wenn einige Eigentumswohnungen keinen Zugang zu einem Fahrstuhl haben, weil nicht alle Treppenhäuser mit einem Fahrstuhl ausgestattet sind. Diese Ansicht ist auch vom OLG Hamburg (25.6.1974, Der Wohnungseigentümer 1975, 26 f mit eingehender und m.E. zutreffender ablehnender Anmerkung von Jürgen Happ) geteilt worden. Anders hat unterdessen das OLG Köln entschieden (19.10.1977, Der Wohnungseigentümer 1978, 87 f): Die Betriebskosten für die Fahrstühle sind nur auf diejenigen Wohnungseigentümer aufzuteilen, denen eine Eigentumswohnung in einem Wohngebäude mit einem Fahrstuhl gehört (mit zustimmender Anmerkung von Jürgen Happ). Die gleichen Erwägungen gelten auch etwa für die Verteilung der in der Garage anfallenden Heizkosten: Diejenigen Wohnungseigentümer, die gar keinen Einstellplatz benützen, haben grundsätzlich auch keine entsprechenden Beiträge zu bezahlen.

dadurch wird derjenige, der eine kostspielige Innenausstattung seiner Wohnung aufweist, stärker kostenpflichtig in der Meinung, dass er die gemeinschaftlichen Anlagen (Strom, Wasser) auch mehr beansprucht. Ein ähnlicher Bezugspunkt ist der Steuerwert. Eine weitere objektive Berechnungsgrundlage, auf die sich allgemein abstellen lässt, ist die Bruttogeschossfläche[25].

Gewisse Kosten, z.B. für das Wasser oder den Lift, lassen sich – statt auf die eigentliche Gebrauchs- bzw. Verbrauchsintensität (als Variablen) abzustellen – nach der Kopfzahl der Bewohner umlegen. Dies ist unter Umständen eine gerechte Lösung, braucht es aber nicht unbedingt zu sein (der Wasserverbrauch der verschiedenen Personen ist auf Grund mannigfacher Bedürfnisse oft sehr ungleich); eine solche vertragliche Regelung hat bei der Berechnung auch mit Schwierigkeiten zu kämpfen[26]. So fragt sich z.B., wer als Bewohner zu rechnen ist (auch ein nur über das Wochenende zu Hause lebender Sohn?), wie schnell Änderungen des Personenbestandes zu berücksichtigen sind (Geburt, Tod) oder welche Feriengäste zu einem zusätzlichen Beitrag verpflichten. Zweckmässiger erscheint deshalb meist das vertragliche Abstellen auf den tatsächlichen Gebrauch oder die Wertquoten.

4. Der hauptsächlichste Anwendungsbereich der Möglichkeit, vertraglich von der Kostenverteilung nach Wertquoten abzuweichen, ist der unterschiedliche Gebrauch bzw. Verbrauch durch die Stockwerkeigentümer.

a) Bei vom Gesetz abweichenden Regelungen ist aber allgemein eine gewisse Zurückhaltung geboten: Nicht schon beim minimsten Unterschied im Gebrauch, sondern nur, wenn die Beanspruchung deutlich vom Anteilsverhältnis abweicht, ist eine Sonderlösung gerechtfertigt. Es ist nämlich nicht zu übersehen, dass es verschiedene Ausgaben gibt, bei denen es nicht sinnvoll ist, von der Wertquotenbelastung abzuweichen: Dies ist etwa der Fall bei den Zinszahlungen, den öffentlichrechtlichen Abgaben, den Renovationsarbeiten am Gebäude[27] und meist auch bei den Verwaltungskosten im engern Sinne (Verwalter, Betriebskosten der laufenden Verwaltung)[28]. Deshalb sind die Kosten für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit in erster Linie nach der Anteilsberechtigung zu verteilen; ist es aber vorwiegend der Gebrauch des gemeinschaftlichen Gebäudeteils, der die Gebrauchsfähigkeit und den Wert vermindert, müsste jedoch für die Kosten der Reparaturarbeiten vertraglich auf einen der Gebrauchsintensität entsprechenden Verteilungsschlüssel abgestellt werden[29].

b) Das Postulat der Gerechtigkeit und der Gleichbehandlung der Stockwerkeigentümer gebietet, dann einen von der Wertquotenaufteilung abweichenden Verteilungsschlüssel zu vereinbaren, wenn die gemeinschaftlichen Einrichtungen un-

25 Es ist aber darauf zu achten, dass – wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes – bei allen Stockwerkeigentümern der gleiche Massstab für die Berechnung der Bruttogeschossfläche angelegt wird.

26 Vgl. Tasche, DNotZ 1973, 461 f; Röll, Teilungserklärung, 30.

27 So ist es z.B. nicht gerechtfertigt, die Kosten der Erneuerung einer wetterausgesetzten Westfassade des Hauses nur denjenigen Stockwerkeigentümern aufzubürden, deren Einheiten auf der Westseite des Hauses gelegen sind; vgl. auch Bärmann/Pick, § 116, N 121.

28 Eine Ausnahme kann insoweit bestehen, als zur Stockwerkeigentümergemeinschaft ein Ladenlokal mit eigener Zufahrt und eigenem Eingang gehört, dessen Eigentümer mit dem Verwaltungsbetrieb der übrigen Stockwerkeigentümer nur wenig zu tun hat.

29 Vgl. Schneider, 150.

gleich benützt oder in verschiedener Weise Leistungen bezogen werden. Je nach dem konkreten Fall ist also stärker auf die Nutzungs- und Gebrauchsquoten oder mehr auf die Eigentumsquoten abzustellen. Im einzelnen kann die Verteilung der gemeinschaftlichen Kosten nach den Wertquoten aus zwei unterschiedlichen Konstellationen heraus sachlich unrichtig sein[30]:

- Das Mass der Benützung (Gebrauch) entspricht unter Umständen auf der einen Seite von Anfang an oder erst im Laufe der Zeit aus objektiven Gründen nicht der zum Stockwerk gehörenden Wertquote, weil die betreffenden Einrichtungen nicht allen Stockwerkeigentümern in gleicher Weise dienen (z.B. Lift, Garage, Fernsehantenne usw.).
- Das Mass der Benützung (Verbrauch) entspricht unter Umständen auf der anderen Seite aus subjektiven Gründen, die in der Person des Stockwerkeigentümers liegen (z.B. Warmwasserverbrauch), nicht der betreffenden Wertquote[31].

c) Der Grundsatz, dass Nutzungen bzw. Gebrauch sowie Kosten äquivalent verteilt werden sollten, ist jedoch in der Praxis nicht leicht durchzuführen. Oft ist es ausserordentlich schwierig, ohne unverhältnismässigen Aufwand den Gebrauch genau zu erfassen. Ebenso können Schwierigkeiten bei der Aufteilung der Kosten auftreten: So dient das Heizöl sowohl der Heizung wie der Warmwasserversorgung oder ist der Strom für Beleuchtung, Heizung und Lift erforderlich. Es erweist sich deshalb als sinnvoll, vor der Ausarbeitung eines Kostenverteilungsschlüssels durch einen Fachmann prüfen zu lassen, in welchen Bereichen es empfehlenswert ist, von der gesetzlichen Kostenverteilung nach Wertquoten abzuweichen. Auch in den Einzelheiten muss der Verteilungsschlüssel den konkreten Gegebenheiten der betreffenden Gemeinschaft angepasst sein; die Frage der Beteiligung an den gemeinsamen Kosten und Lasten bedarf einer sorgfältigen Regelung, weil sie sonst leicht zu Reibereien unter den Stockwerkeigentümern führen kann; kaum etwas ist dem gegenseitigen Einvernehmen abträglicher als die Vermutung des einzelnen, er werde beitragsmässig benachteiligt[32].

Allgemeine Grundsätze, die bei der vertraglichen Kostenverteilung beachtet werden sollten, sind dabei[33]:

- "Eine Verteilung nach dem Gebrauch ist nur sinnvoll, wo sich die effektiven Kosten einigermassen genau ermitteln lassen.
- Wo eine Ermittlung des Gebrauchs nicht möglich ist, muss ein ähnliches Kriterium gewählt werden, oder man verzichtet ganz darauf und verteilt nach Wertquoten.
- Je grösser ein Gebäude, um so differenzierter ist die Kostenregelung.
- Für kleinere Beträge werden keine besonderen Kostenstellen geschaffen, sondern diese auf die allgemeinen Kosten überwälzt."

30 Friedrich, § 18, N 2.
31 Vgl. auch den umfangreichen Beispielkatalog bei Weber, ZBGR 1979, 165 f.
32 In den Fachzeitschriften für die Praktiker kommen denn auch Probleme der Kostenberechnung meist eingehend zur Sprache; vgl. etwa J.P. Ding, Les frais de chauffage et d'eau chaude, Stockwerkeigentum 1977/3, 47 f und T. Riesen, Verteilung der Liftkosten unter den Stockwerkeigentümern, Stockwerkeigentum 1977/4, 73.
33 K. Müller, 179.

Die bisherigen Erwägungen haben gezeigt, dass es allgemeingültige Massstäbe für die Kostenverteilung nicht geben kann. Vor allem in der deutschen[34] und italienischen[35] Literatur sind ausführliche Bewertungsgrundsätze erarbeitet worden[36]. Die tabellarischen Aufzeichnungen von Kostenverteilungsmöglichkeiten sind zwar sehr wertvoll, vermögen aber dennoch nicht mehr als Hinweise und Anhaltspunkte für die subjektive Bewertung im Einzelfall abzugeben. Mit exakten Methoden lassen sich die Probleme auch kaum lösen: Es handelt sich um Schätzungen, die auf Erfahrungen und Verkehrsanschauungen aufbauen, sowie um Annäherungswerte[37].

- Wenn die stärkere Verbrauchsbelastung auf subjektive Gründe zurückzuführen ist (z.B. erhöhter Strombedarf in einer Arztpraxis, erhöhter Wasserbedarf einer vielköpfigen Familie), kann von vorneherein ein bestimmter Kostenanteil ausgeschieden und dem betroffenen Stockwerkeigentümer zur Bezahlung aufgegeben werden[38] oder es lässt sich eine Nutzen-/Kostenrelation in bezug auf die gesamten Betriebskosten herstellen. Am einfachsten und sachlich gerechtfertigsten ist dabei die Feststellung des Verbrauchs auf Grund von Energiezählern[39]. Fehlen solche, so wird man z.B. bei der Heizung auf den Kubikinhalt der beheizten Räume (weniger geeignet ist die Anzahl der Zimmer[40] oder der Heizzellen[41]) oder beim Wasser auf die Wohnfläche (weniger geeignet ist die Relation zwischen Wasserhahnen und Anzahl der wohnenden Personen) abstellen müssen[42,43]. Es können aber auch gleichzeitig verschiedene Faktoren berücksichtigt werden, z.B. zu je einem Drittel die Wertquotenbeteiligung, der Energiezähler und der Kubikinhalt der Wohnung.
- Ist die stärkere Belastung der gemeinschaftlichen Sachen auf objektive Gründe zurückzuführen, dürfen auch nur solche Faktoren bei der Kostenverteilung berücksichtigt werden. So ist die konkrete unterschiedliche Benützung nicht zu veranschlagen (z.B. hat der Bewohner eines Obergeschosses unabhängig davon, ob er den Lift tatsächlich benützt, an die Unterhaltskosten Beiträge zu leisten); andernfalls käme es auch zu dauernden Änderungen des Verteilungsschlüssels und damit zu möglichen Streitigkeiten unter den Stockwerkeigentümern. Die objektive "Bestimmung" ist also massgebend, nicht der tatsächliche Gebrauch. Eine Verteilung nach objektiven Grundsätzen ist z.B. beim Treppenhaus und beim Lift möglich: Je höher das Stockwerk liegt, desto grösser muss der Kostenbeitrag sein[44]. Weil der Erdgeschossbewohner Treppenhaus oder Lift meist auch

34 Bärmann/Pick, § 16, N 141 ff; Bärmann, Praxis, 23 ff, 256 ff.
35 Vgl. im einzelnen die Hinweise in den Schriften von Bärmann (Anm. 34).
36 Vereinzelte Beispiele finden sich auch in der Schweiz: vgl. vor allem K. Müller, 178 ff; Montchal, 22 f; Magnenat, 100 f.
37 K. Müller, 178; Weitnauer/Wirths, § 16, N 1a.
38 Vgl. vorgehend Ziff. 2.
39 Vgl. auch Gerhard Zoebe, Der Verteilungsschlüssel unter besonderer Beachtung der Heizkosten, Der Wohnungseigentümer 1974/4, 21 f.
40 Die Berechnung nach Zimmern ist ungenauer als diejenige nach dem Kubikinhalt.
41 Dadurch werden die oberen Stockwerke stärker belastet, weil die Heizkörper wegen des Temperaturverlustes grösser gebaut werden müssen.
42 Eingehend K. Müller, 180 ff.
43 Betr. Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung und Müllabfuhr vgl. BayObLG, 21.4.1972, NJW 1972, 1376.
44 Vgl. K. Müller, 182 ff; Bärmann/Pick, § 16, N 174 ff.

benützen muss (Diele, gemeinsame Dachterrasse), rechtfertigt es sich, diesen ebenfalls zu belasten; dies kann dadurch geschehen, dass seine Wohnung mit einem Prozentsatz bei der Kostenverteilung eingesetzt oder dass neben der Gebrauchsintensität teilweise auch die Wertquotenberechtigung mitberücksichtigt wird. Möglich ist weiter eine kumulative Heranziehung von objektiven und subjektiven Gründen, indem z.B. bei der Berechnung der Beiträge an die Liftkosten sowohl die Höhe des Stockwerks wie die Anzahl der die Eigentumswohnung gewöhnlich bewohnenden Personen veranschlagt werden.

d) Ein besonderes Problem stellt das Leerstehen von Eigentumswohnungen dar. Ist ein genereller Verteilungsschlüssel vereinbart worden, muss es an sich gleichgültig sein, ob die Wohnung benützt wird oder nicht; dies hat jedoch praktisch zur Folge, dass der Bauherr, der diese nicht verkaufen kann, kostenpflichtig wird. Es stellt sich deshalb die Frage, ob aus Billigkeitsgründen eine Kostenbefreiung für den Eigentümer leerstehender Wohnungen denkbar ist. Abzulehnen ist eine Minderung der Beitragspflicht von vorneherein für die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums (öffentlich-rechtliche Abgaben, Erneuerungsfonds, Versicherungen); echte Verbraucherkosten (Heizung, Strom, Wasser), soweit sie sich einwandfrei einzelnen Beteiligten zurechnen lassen, tragen demgegenüber nur die tatsächlichen Verbraucher. Umstritten ist, inwieweit der Eigentümer leerstehender Wohnungen von der Kostentragungspflicht für die Aufwendungen der Verwaltung befreit werden kann[45]. Im Hinblick auf die Klarheit und die Vermeidung übermässiger Komplizierungen des Verteilungsschlüssels ist m.E. grundsätzlich davon auszugehen, dass das Leerstehen von Wohnungen die Kostenverteilung nicht beeinflusst: Hausmeister- und Verwalterkosten, Ausgaben für die Reinigung, die Kehrichtabfuhr oder das gemeinsame Schwimmbad sowie Erneuerungsarbeiten werden normalerweise nicht kleiner, wenn eine Wohnung leersteht; auch die Notwendigkeit kleinerer Reparaturen beruht meist viel mehr auf der Verschlechterung des Zustandes durch den Zeitablauf als auf der direkten Abnützung durch die betreffenden Personen. Es ist das Risiko jedes Stockwerkeigentümers, ob er seine Wohnung auf irgendeine Art benutzen oder sie verkaufen kann; dass bei einer Fehlspekulation die anderen Stockwerkeigentümer übermässig belastet werden sollen, kann nicht mit Billigkeitserwägungen gerechtfertigt werden. Eine Kostenbefreiung für den Eigentümer leerstehender Wohnungen erscheint demgemäss nur als begründet, wenn – über die individualisierbaren Verbraucherkosten hinaus – gewisse Aufwendungen auf der Intensität des Gebrauchs durch die vorhandenen Stockwerkeigentümer beruhen[46].

Die entsprechenden Erwägungen gelten auch für den Fall, dass bei einer Grossüberbauung nur ein Teil der ursprünglich geplanten Eigentumswohnungen erstellt wird. Die ein zu Stockwerkeigentum aufgeteiltes Haus bewohnenden Eigentümer können zwar von den Eigentümern (meist wird es sich praktisch um den Bauherrn alleine handeln) des nicht erbauten (fiktiven) Hauses keine Beiträge an die Heizöl- und Wasserkosten verlangen; hingegen sind die Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums trotz der Nichterstellung auf Grund des allgemeinen Verteilungs-

45 Eingehend dazu, mit gleicher Meinung, Röll, NJW 1976, 1474 f. Vgl. auch Gerhard Zoebe, Kostenberechnung bei teilverkauften Wohnungseigentumsobjekten, Der Wohnungseigentümer 1976, 7 f.

46 Z.B. ausserordentliche Ersetzung einer Waschmaschine wegen sehr starken Gebrauchs.

schlüssels aufzugliedern. Dasselbe gilt für die Aufwendungen der laufenden Verwaltung (z.B. Hausmeister) oder den Betrieb eines gemeinsamen Schwimmbades, weil die entsprechenden Kosten gewöhnlich durch die weniger starke Benutzung nicht sinken; ebenso hat dann, wenn den Eigentümern des ersten Bauabschnittes dadurch höhere Kosten entstehen, weil die Heizanlage nicht voll ausgelastet ist, derjenige Teil der Stockwerkeigentümergemeinschaft, der das nicht erstellte Haus hätte bewohnen sollen, die Mehrkosten zu tragen. Diese Eigentümer (bzw. der Bauherr) mit ihren sonderrechtslosen Miteigentumsanteilen haben im Streitfalle nachzuweisen, dass sie sich an gewissen Kosten nicht beteiligen müssen; Zweifelsfälle gehen zu ihren Lasten, weil sie den bestehenden Zustand herbeigeführt haben[47]. Auch hier rechtfertigt der Gedanke der Billigkeit nicht, die Stockwerkeigentümer des erstellten Hauses durch höhere Beiträge zu belasten.

Um sich vor solchen Risiken abzusichern, kann der Bauherr in der in der Praxis meist von ihm aufgestellten Gemeinschaftsordnung bei der Ausgestaltung des Verteilungsschlüssels darauf achten, dass sich die echten Verbraucherkosten auf Grund von Energiezählern u.a. so individualisieren lassen, dass bei Leerstehen oder Nichterstellen der Wohnungen nur die tatsächlich Benutzenden für die Kosten aufkommen. Hingegen ist m.E. eine Bestimmung, in der die Kostentragungspflicht für leerstehende Wohnungen generell abbedungen wird, rechtsmissbräuchlich. Ein solches allgemeines Schenkungsversprechen auf die Zukunft hin[48] erscheint überdies als sittenwidrig (OR 20; BGB 138).

III Die Abänderung des Verteilungsschlüssels

1. Soll von der gesetzlichen Verteilung der Kosten nach Wertquoten abgewichen werden, so muss dies von der Stockwerkeigentümergemeinschaft gewollt sein. Es gilt also nicht a priori der Grundsatz der Äquivalenz von Nutzen und Kosten. Fehlt es an einer Willensäusserung, sind die Aufwendungen anteilsmässig zu verteilen[49], auch wenn die Regelung nicht vollständig gerecht wäre (ausser bei einem Verstoss gegen allgemeine Rechtsgrundsätze)[50]. Je kleiner dabei die Mehrheit ist, die eine solche Abänderung von der gesetzlichen Regelung beschliessen kann, um so flexibler ist die Gemeinschaft bei der Kostenverteilungsgestaltung; anderseits stärkt eine grosse Mehrheit (v.a. die Einstimmigkeit) die Rechtsstellung des einzelnen, indem sich eine Anordnung zu seinen Ungunsten weniger leicht treffen lässt. Der Gesetzgeber müsste deshalb versuchen, beiden Interessen möglichst weitgehend gerecht zu werden.

47 Vgl. Röll, NJW 1976, 1474.

48 Eine solche Befreiung von der Kostentragungspflicht wirkt sich für den betroffenen begünstigten Stockwerkeigentümer (meist Bauherr) als Zuwendung aus; da sie von seiten der anderen Stockwerkeigentümer aus unentgeltlich erfolgt, muss ein animus donandi vorliegen.

49 In diesem Sinne auch Hauger, 273; missverständlich Bärmann/Pick, § 16, N 118.

50 In Frage kommen etwa die Sittenwidrigkeit, der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot des Handelns gegen Treu und Glauben (eingehend dazu, mit Beispielen, auch Weber, ZBGR 1979, 164 ff).

a) In Deutschland hat die Kostenverteilung in der Gemeinschaftsordnung zu erfolgen; Abweichungen von WEG 16 II sind somit nur einstimmig möglich. Der einzelne hat deshalb die Sicherheit, dass nicht über seinen Kopf hinweg etwas beschlossen wird, was für ihn unbillige oder nicht sachgerechte Beitragspflichten zur Folge hätte. Die Einstimmigkeit führt aber zur Unflexibilität: Die einmal getroffene Kostenverteilung lässt sich nur schwer wieder abändern.

Wegen der Notwendigkeit, bei der Verteilung der Kosten flexibel zu sein, ist es deshalb in der Praxis üblich geworden, gewisse Regelungspunkte v.a. hinsichtlich des gemeinschaftlichen Gebrauchs (Treppenhausreinigung, Schneeräumarbeiten) der Mehrheitsbeschlussfassung zu überlassen (Hausordnung). Der Rahmen, der solche Ausgestaltungsmöglichkeiten absteckt, muss dabei durch die ordnungsmässige Verwaltung inhaltlich festgelegt sein; nur was im Bereich des "Gewöhnlichen" liegt, verträgt die Regelung durch einen Mehrheitsbeschluss. Die Anpassungsfähigkeit an neue Umstände und Gegebenheiten ist denn auch vornehmlich hinsichtlich der Ausführungsbestimmungen von allgemeinen Grundsätzen (v.a. bei schwankenden Kosten) gerechtfertigt. So ist z.B. die Frage, ob alle oder nur die sie benützenden Wohnungseigentümer Beiträge an die gemeinsame Fernsehantenne oder an die Autoeinstellhalle bezahlen müssen, in einer möglichst hohen Regelungsstufe (Gemeinschaftsordnung) zu entscheiden, weil der Nichtbenutzungswillige von Anfang an wissen soll, ob ihn allenfalls trotzdem eine Kostentragungspflicht trifft; dagegen kann die Regelung der Frage, ob für die Kostenverteilung bei der Autoeinstellhalle die Parkfläche oder die Gebrauchsintensität (Anzahl Zu- und Wegfahrten, weil diese die Kosten wegen des reparaturanfälligen vollautomatischen Garagetores in die Höhe treiben) massgebend ist, der Hausordnung überlassen werden.

Durch die beabsichtigte Revision von WEG 10 würde bewirkt, dass künftig eine Dreiviertelsmehrheit aller Beteiligten die Kostenverteilung in der Gemeinschaftsordnung ändern könnte[51]. Ob – analog zur Zustimmung des Betroffenen beim Entzug eines Sondernutzungsrechts – derjenige einverstanden sein muss, den eine Änderung der Kostenverteilung besonders trifft, ist im Moment ungewiss. Eine weitere Möglichkeit wäre, trotz der Geltung des Einstimmigkeitsprinzips die fehlende Zustimmung eines einzelnen für entbehrlich zu erklären, wenn "die überwiegenden Interessen der Gemeinschaft die Geltendmachung der Rechte der einzelnen Wohnungseigentümer als Rechtsmissbrauch erscheinen lassen"[52]. Dieser Grundsatz bedürfte m.E. nicht unbedingt der gesetzgeberischen Statuierung[53], sondern er lässt sich durchaus aus BGB 242 ableiten oder in Analogie zu WEG 22 verstehen, wonach die Stimme desjenigen übergangen werden kann, der keinen Rechtsnachteil erduldet.

b) In der Schweiz hat die Kostenverteilung sinnvollerweise im Reglement zu erfolgen; zu seiner Gültigkeit bedarf es der qualifizierten Mehrheit nach Köpfen und Anteilen. ZGB 712m I 4 sieht zwar vor, dass die Versammlung jährlich mit der Jahresabrechnung die Kostenverteilung zu genehmigen hat; m.E. ist darunter aber nur der vom Verwalter vorgeschlagene Ausführungserlass zu verstehen, der die im Reglement (wegen des grösseren Bestandesschutzes) verankerten allgemeinen Richt-

51 Vorne § 3 IV 2 b.

52 Johannes Bärmann, Minderheitenschutz bei Änderung der Miteigentumsordnung durch Mehrheitsbeschlüsse, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 58.

53 Dies scheint Bärmann (Anm. 52) anzunehmen.

linien konkretisiert. Soll nun von der gesetzlichen Kostenverteilung nach Wertquoten abgewichen werden, kann dies ohne Einverständnis aller Beteiligter geschehen; die Rechtsstellung des Nichtzustimmenden wird jedoch unter Umständen durch ein Abgehen von der gesetzlichen Regelung erheblich beeinträchtigt (z.B. wenn die Kosten nur durch die Anzahl der Wohnungen, unabhängig von der Grösse, oder durch die Anzahl der Stockwerkeigentümer, die im Haus wohnen, geteilt werden). Dies ist deshalb besonders problematisch, weil die schweizerische Gerichtspraxis mit der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze (v.a. mit Treu und Glauben) im Rahmen privatrechtlicher Gemeinschaftsverhältnisse sehr zurückhaltend ist[54]. Wie bei der Frage des Entzugs von Sondernutzungsrechten ist deshalb der Schutz des einzelnen unter Umständen mangelhaft[55]. Vertraglich lässt sich dieser Rechtszustand insoweit abändern, als die Möglichkeit besteht, zu vereinbaren, dass die Zustimmung der in einem nicht unerheblichen Masse direkt Betroffenen unerlässlich ist. Dies hat der Gesetzgeber in der Frage der Wertquotenänderung selber angeordnet (ZGB 712e II); eine analoge Anwendung dürfte aber kaum möglich sein, weil sich diese Vorschrift auf den sachenrechtlichen und nicht auf den schuldrechtlichen Bereich bezieht. Ebenso würde es m.E. nicht angehen, eine unechte Lücke anzunehmen, weil der Gesetzgeber das Einstimmigkeitserfordernis auf die wenigen Fragen der Begründung und dinglichen Rechtszuordnung beschränkt hat. Es bleibt deshalb m.E. nur die Möglichkeit, beim Fehlen einer vertraglichen Erschwerung die allgemeinen Rechtsgrundsätze bei der Kostenverteilung stärker fruchtbar zu machen: Mangels einer BGB 315 entsprechenden Bestimmung (Grundsatz des billigen Ermessens) sind insbesondere das Treu und Glauben-Gedankengut und der Gleichbehandlungsgrundsatz vermehrt heranzuziehen[56]: Dieser wäre etwa verletzt, wenn dem Eigentümer einer kleinen Eigentumswohnung (z.B. Einzimmerwohnung) generell die gleichen Kostentragungspflichten (auch bei der Heizung) wie dem Inhaber einer grossen mehrzimmrigen Wohnung auferlegt würden.

2. Was hinsichtlich der Abweichung von der subsidiären gesetzlichen Regelung ausgeführt worden ist, gilt entsprechend für die eigentliche Abänderung eines angeordneten Verteilungsschlüssels. In Deutschland ist grundsätzlich die Einstimmigkeit erforderlich, während in der Schweiz die qualifizierte Mehrheitsbeschlussfassung (Reglement) genügt. Ebenso stellen sich die analogen Probleme: In Deutschland ist der einzelne in hohem Masse geschützt (wenn zugleich die Gebrauchs- und Nutzungsquoten geändert werden sollen, hat der einzelne ein Druckmittel in der Hand, eine äquivalente Modifizierung der Kostenverteilung zu erzwingen), doch ist die Gemeinschaftsordnung nicht flexibel (ein Querulant kann die Anpassung an veränderte Umstände verhindern); in der Schweiz ist das Reglement anpassungsfreundlich, wogegen der Rechtsschutz des einzelnen schwächer ist. Zu beachten ist aber jedenfalls der zwingende Grundsatz von ZGB 712h III, wonach Stockwerkeigentümer, die gewisse Teile nicht oder nur in ganz geringem Masse benutzen, auch nur beschränkt zur Kostentragung herangezogen werden dürfen[57].

54 Eingehender hinten § 21 I D 3.
55 Vorne § 12 IV 5.
56 Dazu Weber, ZBGR 1979, 164 ff, 166 ff, 170 ff.
57 Friedrich, § 19, N 10.

3. In Deutschland stellt sich deshalb die besondere Frage, inwieweit Möglichkeiten bestehen, um auf die Einstimmigkeit zu verzichten.

a) In der ursprünglichen Vereinbarung kann die Änderung des Verteilungsschlüssels durch Mehrheitsbeschluss vorgesehen sein[58]. Dabei muss es sich aber um Beschlüsse im Rahmen der bestehenden Grundordnung handeln (keine Abänderung der Rechtsgrundlage selber); es sind ihnen deshalb Schranken gesetzt. So würde ein unbegrenzter Vorbehalt zugunsten der Mehrheitsbeschlussfassung das Einstimmigkeitserfordernis vollständig illusorisch machen: Eine allgemeine Ermächtigung, die der Eigentümerversammlung schlechthin überlassen würde, was für ein Verteilungsschlüssel überhaupt angewandt werden soll, ist daher nicht zulässig[59]. Der Vorbehalt zur Änderung von Verteilungsschlüsseln für die Betriebskosten muss konkretisiert sein: Die Vereinbarung hat also festzuhalten, welche Kostenregelungsfragen für eine Mehrheitsbeschlussfassung und in welchen Grenzen sie zur Verfügung gestellt werden. So kann z.B. für die Heizkostenabrechnung bestimmt werden, dass sich das prozentuale Verhältnis zwischen der Berücksichtigung des Heizzählers und des Kubikinhaltes der Eigentumswohnung durch einen Mehrheitsbeschluss verändern lässt; ebenso besteht die Möglichkeit, die Frage, ob für die Kostenverteilung bei der Heizung die Bruttogeschossfläche, die Anzahl von Stockwerkeinheiten oder die Wertquote massgebend sein soll, in der Vereinbarung noch offenzulassen. Bei einer solchen Regelung ist es jedoch ausgeschlossen, dass die Mehrheit beschliesst, künftig sei die Anzahl der Bewohner ausschlaggebend, denn mit dieser Variante braucht ein Wohnungseigentümer, der dem Verzicht auf die Einstimmigkeit bei der Regelung der Kostenverteilung zugestimmt hat, nicht zu rechnen. Ein solcher Mehrheitsbeschluss wäre deshalb anfechtbar; wird er nicht innert der Frist angefochten, bleibt er aber für die betreffende Abrechnungsperiode gültig; hingegen stehen auch jahrelang unangefochten gebliebene Mehrheitsbeschlüsse über eine vereinbarungswidrige Abrechnung der gemeinschaftlichen Lasten der Anfechtung eines erneuten unzulässigen Beschlusses nicht entgegen[60]. Das Erfordernis der Konkretisierung der Ermächtigung zum Mehrheitsbeschluss verhindert nicht nur, dass sich der bisherige Wohnungseigentümer von unerwarteten Beschlüssen überrollt sieht, sondern bewirkt auch, dass sich der Erwerber einer Einheit auf die Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung verlassen kann[61].

b) Fehlt es in der Vereinbarung an einer Ermächtigung für die Mehrheitsbeschlussfassung oder handelt es sich um eine grundlegende Änderung, indem an die Stelle der sachlichen Berechnungsgrundlage (z.B. nach Bruttogeschossfläche) eine persönliche (z.B. nach Anzahl der die Stockwerkeinheit bewohnenden Personen) treten soll, kommt dem einzelnen, wie dargetan, in Deutschland ein Vetorecht zu[62].

58 Vgl. dazu Bärmann/Pick, § 16, N 116, 191; Palandt/Bassenge, § 16, N 1; Tasche, DNotZ 1973, 455 ff.

59 So ausdrücklich Tasche, DNotZ 1973, 457; Karstädt, MDR 1965, 258.

60 BayObLG, 18.4.1974, NJW 1974, 1910.

61 Dies ist auch deshalb wichtig, weil Beschlüsse der Versammlung für die Rechtsnachfolger zwar gelten (ZGB 649a, WEG 10 III, IV), nicht aber im Grundbuch eingetragen werden müssen (so Weitnauer/Wirths, § 10, N 18; Diester, Rechtspfleger 1965, 210; Tasche, DNotZ 1973, 458; Palandt/Bassenge, § 10, N 2b; a.A. Bärmann/Pick, § 10, N 64; Staudinger/Ring, § 10, N 19; Soergel/Baur, § 10, N 11).

62 Vgl. vorne § 15 III 1 a.

Dieses starke Schutzrecht verhindert jedoch unter Umständen auch eine gerechtfertigte Anpassung an veränderte Umstände; dies ist v.a. dann stossend, wenn der begünstigte Wohnungseigentümer seine bessere Rechtsstellung auf beliebige Zeit zementieren kann[63]. Es fragt sich deshalb, ob nicht in besonderen Ausnahmefällen die Zustimmung einzelner Wohnungseigentümer zur Änderung des Verteilungsschlüssels entbehrlich sein kann. Dies ist zu bejahen: Treu und Glauben verlangen die Rücksichtnahme auf die Gemeinschaftsbelange; diese ist aber nicht gewahrt, wenn ein einzelner aus blosser Renitenz die Zustimmung zu einer sachgerechten Kostenverteilung verweigert (BGB 242). Der entsprechende Grundsatz ist denn auch im Rahmen der Verwaltungshandlungen ausdrücklich angeordnet: Gemäss WEG 22 I a.E. ist die Zustimmung zu baulichen Veränderungen von denjenigen entbehrlich, die durch sie keinen Rechtsnachteil erdulden. Die Einstimmigkeit wäre somit entsprechend schon dann zu fingieren, wenn die Inhaber der fehlenden Stimmanteile durch die Änderung der Kostenverteilung in ihrer Rechtsstellung nicht tangiert werden[64,65].

4. Die Frage der Ergänzung bzw. Unbeachtlichkeit einer fehlenden Stimme zur Einstimmigkeit ist an sich nur ein Spezialfall des Problems, inwieweit der Richter auf entsprechendes Begehren hin berechtigt ist, in die Kostenverteilung der Vertragsparteien einzugreifen. Es kann nämlich unter Umständen auch nur ein einzelner oder eine Minderheit sein, die eine Änderung beantragt, weil sich die Mehrheit in der Versammlung dazu weigert (z.B. wenn sich der Bauträger zu Beginn eine übermässig gute Position eingeräumt hat und dank seiner Stimmacht den bestehenden Zustand aufrechterhalten kann). Diese Frage stellt sich für die Schweiz und für Deutschland in gleicher Weise.

a) Einen Abänderungsanspruch hat der einzelne m.E. jedenfalls dann, wenn die Wertquotenverteilung auf unrichtigen Bewertungsmassstäben beruht: Die Kosten sind so zu verteilen, wie es den richtig berechneten Miteigentumsanteilen entsprechen würde. Einer Änderung der Wertquoten bedarf es dazu an sich nicht, doch empfiehlt sich zur Vermeidung künftiger Streitigkeiten eine umfassende Bereinigung der unrichtigen Situation[66].

b) Eine Änderung der Kostenverteilung muss auch dann möglich sein, wenn bei der abstrakten Festlegung des Verteilungsschlüssels ein Grundlagenirrtum vorliegt bzw. die Geschäftsgrundlage nachträglich wegfällt[67]. Wenn z.B. die Gemeinschaft bei der Verteilung der Liftkosten auf Grund des Erstellungsplanes davon ausgeht, dass der Lift von der unterirdischen Autoeinstellhalle über die Kellerabteile bis zum

63 Problematisch ist dies insbesondere dann, wenn sich der Bauherr, der eine oder mehrere Stockwerkeinheiten in seinem Eigentum behält, eine besonders günstige Position einräumt. Zwar anerkennt der Stockwerkeigentümer mit dem Erwerb der Einheit die einseitig aufgestellte Gemeinschaftsordnung, doch wird den betreffenden Bestimmungen oft nicht genügend Beachtung geschenkt oder sind die konkreten Auswirkungen noch nicht ausreichend übersehbar.

64 Vgl. auch vorgehend 1 a am Ende.

65 Es ist nochmals daran zu erinnern, dass diese Erwägungen vornehmlich für das deutsche Recht gelten; in der Schweiz muss eine einzelne Stimme nur "nachgeholt" werden, wenn vertraglich eine Erschwerung der Beschlussfassung vorgesehen ist.

66 Weitnauer/Wirths, § 16, N 2b.

67 Bärmann/Pick, § 16, N 119; Weitnauer/Wirths, § 16, N 2a; eingehend Tasche, DNotZ 1973, 461, 463.

Dachgeschoss führt und deshalb jeder Stockwerkeigentümer beitragspflichtig erklärt wird, so kann, wenn der Lift in Wirklichkeit nur bis ins Erdgeschoss – nicht aber in den Keller und die Autoabstellhalle – erstellt wird, der Erdgeschossbewohner, dem der Lift selber nichts mehr nützt und der durch dessen Ende auf seinem Stockwerk stärker belastet wird, verlangen, dass seine Kostenbeteiligung aufgehoben wird, auch wenn die anderen Stockwerkeigentümer sich dagegen aussprechen. Die getroffene Regelung muss also bewusst von einer anderen Regelung ausgegangen sein. Fällt somit die entsprechende Bestimmung mangels Grundlage dahin, entsteht in der Vereinbarung eine Lücke; solange diese nicht durch einen neuen Versammlungsbeschluss gefüllt wird, gilt die subsidiäre gesetzliche Verteilung der Kosten nach den Wertquoten, ausser wenn diese Regelung gerade richterlich aufgehoben worden ist. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre in der Schweiz kann der Richter in Deutschland auch selber Anordnungen treffen[68]. Dies ist besonders dann wichtig, wenn die Mehrheitsbeschlussfassung nur schwer möglich erscheint; überdies hat in einem solchen Fall der deutsche Wohnungseigentümer einen Anspruch auf eine ordnungsmässige Verwaltung (WEG 21 IV). Demgegenüber ist in der Schweiz weitgehend unklar, was passiert, wenn der Richter die Kostenverteilung nach Wertquoten aufhebt und wegen der Obstruktion (z.B. der Anteilsmehrheit) kein neuer Beschluss zustande kommt[69].

c) Zweifel bestehen hingegen darüber, ob ein Stockwerkeigentümer unter Anrufung von Treu und Glauben (ZGB 2; BGB 242) oder eines wichtigen Grundes (im Sinne der Unbilligkeit)[70] die Änderung des Verteilungsschlüssels bewirken kann[71]. Als Beispiel bringt Tasche[72] die Bestimmung, wonach die Wasserkosten auf Grund der in der Stockwerkeinheit wohnenden Personen verteilt werden: Weil sich dies aber als praktisch nur schwer durchführbar erweist, beschliesst die Mehrheit der Stockwerkeigentümer, dass auf die Wertquoten abgestellt werden soll. Gerade dieses Beispiel zeigt aber die Problematik eines solchen Vorgehens: Zwar lässt sich durchaus sagen, dass die Kostenverteilung nach der Personenzahl zu erheblichen Schwierigkeiten (und damit auch, wenn über den genauen Bestand nicht völlige Klarheit herrscht, zu Misshelligkeiten und Unebenheiten in der Verteilung) beitragen und dass eine Verteilung nach Kopfzahl ohne innere Rechtfertigung zu grösseren Unterschieden als eine Verteilung nach Miteigentumsquoten (z.B. eine sparsame vierköpfige Familie gegenüber einer sich jeden Tag ausgiebig duschenden Einzelperson) führen kann; dies berechtigt aber noch nicht zu einem richterlichen Eingriff, denn die Stockwerkeigentümer sind frei, auch eine nicht optimale Kostenverteilung zu vereinbaren; jeder einzelne trägt das Risiko, dass sich je nach den Umständen die vereinbarte Regelung zu seinen Ungunsten auswirken könnte. Eine Grenze stellt aber immerhin der Grundsatz von Treu und Glauben dar. Weil das Stockwerkeigen-

68 Nachfolgend d.

69 Vgl. dazu hinten § 17 II A und Weber, ZBGR 1979, 173 f.

70 Zum wichtigen Grund eingehend vorne § 13 III A 3.

71 Befürwortend Tasche, DNotZ 1973, 461, 463; zurückhaltender Weitnauer/Wirths, § 16, N 2a; restriktiv auch Palandt/Bassenge, § 16, N 1 (der Vorschlag von Tasche wird als "bedenklich" bezeichnet) und OLG Karlsruhe, 28.12.1977, Der Wohnungseigentümer 1978, 87.

72 Tasche, DNotZ 1973, 460, 462.

tum nicht einseitig aufgehoben werden kann (ZGB 712f I; WEG 11 I)[73], muss dem einzelnen dann ein Rechtsbehelf eingeräumt werden, wenn die bestehende Regelung das Mass des ihm Zumutbaren überschreitet. Massgebend sind dabei die konkreten Umstände; ob dies auf den Fall des Wasserverbrauchs normalerweise zutrifft, ist zumindest fraglich. Hingegen würde es wohl regelmässig mit Treu und Glauben unvereinbar sein, wenn in einem Haus mit sechs Stockwerkeinheiten die Heizkosten auf Grund der Personenzahl verteilt werden, wobei eine fünfköpfige Familie die Hälfte der Aufwendungen zu tragen hat, weil in den anderen Einheiten je nur eine Person lebt, denn bei den Heizkosten spielt die Belegung der Wohnung kaum eine Rolle. Entscheidend ist somit, ob die "vereinbarte"[74] Ausgangslage auf Grund von Treu und Glauben so gemeinschaftsunverträglich erscheint, dass deren Aufrechterhaltung vom Richter nicht als sachgerecht und damit schützenswert erachtet werden darf.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass der Richter, gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben (ZGB 2; BGB 242), in folgenden Fällen zu einer Abänderung der Kostenverteilung Hand bieten könnte:

- Die Umstände der Umgebung haben sich objektiv geändert, ohne dass deswegen eine Wertquotenänderung durchgeführt worden wäre.
- Die Gemeinschaft hat eine Abänderung der Gebrauchs- und Nutzungsrechte (z.B. bezüglich der gemeinschaftlichen Teile) vorgenommen, dabei aber die Kostenverteilung unberücksichtigt gelassen.
- Subsidiär: Die Kostenverteilung ist in keiner Weise sachgerecht und benachteiligt einen einzelnen bzw. die Minderheit in nicht gerechtfertigter, unbilliger Weise.

d) Im Gegensatz zur überwiegenden Meinung in Deutschland[75] ist nach herrschender schweizerischer Lehre der Richter nicht berechtigt, eine unbillige Regelung den konkreten Verhältnissen berichtigend anzupassen, er kann sie nur aufheben[76]. Diese Ansicht basiert auf einer sehr formal verstandenen Privatautonomie; betrachtet man die Vertragsfreiheit funktionell als Möglichkeit des Interessenausgleichs, ist die Anerkennung eines richterlichen Gestaltungsrechts bei einer typischen Ungleichgewichtslage mit einem freiheitlich verstandenen Zivilrecht vereinbar[77]. Dies gilt insbesondere dann, wenn bei einer blossen Aufhebung ein Regelungsvakuum (Beschlussfassung wegen des konkreten Stimmenverhältnisses kaum möglich) entstehen könnte.

73 Bei anderen Dauerschuldverhältnissen kann ohne besondere vertragliche Grundlage aus wichtigem Grund gestützt auf Treu und Glauben gekündigt (OR 269, 291, 337; BGB 554a, 626/627) bzw. das Gemeinschaftsverhältnis aufgelöst werden (OR 545 II, 577; BGB 723). Diese Möglichkeit besteht bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft deshalb nicht, weil sie nicht nur auf einer schuldrechtlichen, sondern auch auf einer sachenrechtlichen Grundlage (Verbindung der einzelnen Eigentumswohnungen zur Gesamtliegenschaft) beruht. Wegen dieses strukturellen Unterschiedes sind andere Wege zu suchen, um unzumutbare Beeinträchtigungen der Rechtsstellung einzelner Betroffener zu verhindern.

74 Weil die Gemeinschaftsordnung, die vom Bauträger meist einseitig aufgestellt worden ist, von ihm auf Grund einzelner Wünsche der Käufer kaum je abgeändert wird, darf nicht allzuviel Gewicht auf das "vereinbart" gelegt werden.

75 Vgl. etwa Soergel/Siebert/Knopp, § 242, N 368 und dort zitierte Literatur.

76 Merz, Einleitung, Art. 2, N 108 f, 251.

77 Dazu mit eingehender Begründung, auf die im einzelnen verwiesen werden muss, Weber, ZBGR 1979, 170 ff.

3. Kap.

Verwaltungshandlungen und bauliche Massnahmen

§ 16 Zum Begriff und Bereich der Verwaltung

I Der Begriff der Verwaltung

1. In der Praxis kommt der Verwaltung eine entscheidende Bedeutung zu; eine vernünftige, gut funktionierende und sachlich gerechtfertigte Verwaltung bestimmt weitgehend das Schicksal der Stockwerkeigentümergemeinschaft.

Der Begriff der Verwaltung ist schillernd und lässt sich nicht leicht fassen. Deshalb wird die Verwaltung zum Teil negativ umschrieben: Danach umfasst sie alles, was nicht rechtlich Verfügung und nicht wirtschaftlich wesentliche Veränderung ist[1]. In einem positiven Sinne beinhaltet die Verwaltung eine materielle und eine formelle Komponente: Die zweite fragt nach der Organisation der Gemeinschaft im einzelnen[2]. Demgegenüber hat die erste den Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft zum Gegenstand; so allgemein betrachtet fallen auch der Gebrauch und die Nutzung unter den Begriff der Verwaltung[3]. In diesem Sinne versteht die schweizerische Lehre unter der Verwaltung diejenigen "Handlungen tatsächlicher oder rechtlicher Natur, die dazu bestimmt sind, das betroffene Rechtsgut zu erhalten, zu mehren oder der seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen"[4,5].

Obwohl die Grenzen zwischen den Gebrauchs- und Verwaltungshandlungen fliessend sind, erweist sich eine Trennung dennoch als sinnvoll[6,7]. So wird denn auch die Verwaltung umschrieben als "Inbegriff aller Massnahmen, die in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht auf eine Änderung eines bestehenden Zustandes abzielen oder sich als Geschäftsführung zugunsten der Wohnungseigentümer in bezug auf das gemeinschaftliche Eigentum darstellen"[8]. Verwaltung bedeutet also die Gesamtheit der Handlungen, die notwendig sind für die Erhaltung und normale Nutzung der Liegenschaft[9], nicht aber die Nutzung selber.

2. Die Verwaltungstätigkeit muss sich auf die Interessen aller Stockwerkeigentümer ausrichten[10]. Die Verwaltung ist – im sinnvollen Umgang mit dem Gegebe-

1 So Bärmann/Pick, § 21, N 1; viel ist damit aber nicht gewonnen, weil die Probleme einfach auf den Einzelfall verschoben werden (z.B. Amortisationszahlungen, Änderung der Zweckbestimmung).
2 Dazu 3. Teil, 4.–6. Kapitel.
3 Ch. Müller, 17; Bärmann/Pick, Vorbemerkungen vor § 20, N 6.
4 Meier-Hayoz, Art. 647, N 1, gestützt auf Siber, Jher. Jahrb. 1917, 107; in diesem Sinne auch Kunz, 25 ff; Schneider, 90.
5 Die Nutzung wird auf die Klausel "der seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen" gestützt.
6 Vgl. auch Meier-Hayoz, Art. 648, N 9 ff, v.a. N 13.
7 Ordnungsmässiger Gebrauch nach WEG 15 II und ordnungsmässige Verwaltung im Sinne von WEG 21 III sind zu trennen, auch wenn beide der Beschlussfassung durch Stimmenmehrheit unterstellt sind; diesbezüglich unklar Pick, NJW 1972, 1742.
8 Weitnauer/Wirths, § 21, N 2.
9 Bärmann/Pick, § 20, N 18.
10 Meier-Hayoz, Art. 647, N 2; Frei, 40.

nen[11] – eine Angelegenheit des gemeinsamen Interesses[12]. Darunter fallen die der Natur und der wirtschaftlichen Bestimmung der gemeinschaftlichen Sache dienenden Massregeln[13]. Obwohl die Stockwerkeigentümergemeinschaft nur einen Zusammenschluss im Hinblick auf das Haben, Nutzen und Verwalten von Vermögenswerten – ohne eigentliche affectio societatis – darstellt[14], muss man angesichts der durch die Revision von 1963 herbeigeführten stärkeren Unterordnung des einzelnen unter die Gesamtinteressen[15] und wegen der meist überwiegend kostspieligen Gemeinschaftseinrichtungen bis zu einem gewissen Grad von Zweckverfolgung, mithin auch von – beschränkter – Geschäftsführung sprechen[16]. Zu verwalten sind die gemeinschaftlichen Interessen schlechthin[17].

3. Alle Stockwerkeigentümer haben grundsätzlich ein gleiches Recht auf Mitverwaltung, weil die Verwaltung ihnen gemeinschaftlich zusteht. Immerhin ist das Zusammengehen aller häufig unpraktisch; das Gesetz sieht deshalb Ausnahmen vom Grundsatz vor. Vor allem das schweizerische Recht kennt ein sehr differenziertes System in der Zuständigkeitsordnung.

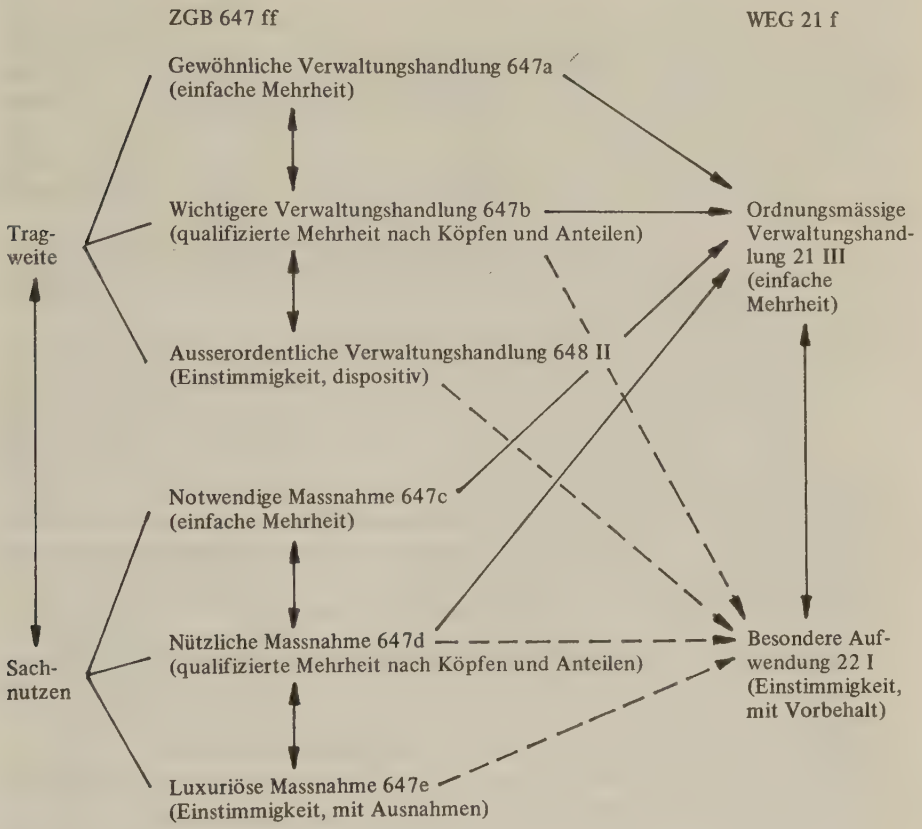
Weil die Ausgestaltung der Stockwerkeigentümergemeinschaft je nach Grösse, Lage, Situation der Mitglieder sehr verschieden sein kann, ist die gesetzliche Verwaltungsordnung grundsätzlich dispositiver Natur[18]. Die Stockwerkeigentümer sollen vertraglich (bzw. durch Beschluss) die ihnen angemessenste Ordnung treffen. Dennoch hat das Gesetz einige zwingende Normen aufstellen müssen, die verhindern, dass die Rechte des einzelnen Stockwerkeigentümers allzustark eingeschränkt werden.

II Überblick über die Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen

In Deutschland hat das WEG eine vom Miteigentumsrecht abweichende eigene Ordnung getroffen (WEG 21, 22), gemäss der zwischen ordnungsmässigen und besonderen Massnahmen unterschieden wird. Demgegenüber baut das schweizerische Stockwerkeigentumsrecht auf dem Miteigentum auf; dessen Ordnung ist sehr detailliert und verlangt je nach der Bedeutung der Verwaltungshandlung auch verschiedene Mehrheiten, wobei die Anordnungen einerseits nach der Tragweite (gewöhnlich/wichtiger/ausserordentlich), anderseits nach dem Sachnutzen (notwendig/nützlich/

11 Kunz, 26.
12 Schneider, 90.
13 Meier-Hayoz, Art. 647, N 2.
14 Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 1, N 67, 73.
15 Liver, SAV 9, 13.
16 Der strengen Trennung von Verwaltung und Geschäftsführung sowie der Ablehnung der letzteren im Bereich des Stockwerkeigentums bei Ch. Müller, 17 f kann deshalb nicht gefolgt werden. Der Begriff Geschäftsführung (in Deutschland im Gegensatz zur Geschäftsbesorgung) wird denn auch verbreitet verwendet: vgl. Meier-Hayoz, Art. 647, N 2; Frei, 41; Kunz, 28; Weitnauer/Wirths, § 21, N 2; Bärmann/Pick, Vorbem. vor § 20, N 6, § 20, N 13, § 21, N 1.
17 So Bärmann/Pick, Kurzkommentar, 95; vgl. auch Weber, SJZ 1979, 117 f.
18 Meier-Hayoz, Art. 647, N 29; Bärmann/Pick, Vorbem. vor § 20, N 5.

luxuriös) unterschieden werden. Vergleicht man die schweizerische mit der deutschen Zuständigkeitsordnung, ergibt sich folgendes Bild[19]:



Die Verschiedenartigkeit der schweizerischen und der deutschen Regelung legt es nahe, ausnahmsweise die beiden Rechte getrennt zu behandeln, wobei im Rahmen des deutschen Rechtes teilweise auf die vorgehende Darstellung des schweizerischen Rechts verwiesen werden kann. Anschliessend werden einige Sonderfragen wieder gemeinsam erörtert.

19 Vgl. auch Hauger, 236; ihre Aufstellung ist jedoch unvollständig; auch im übrigen ist ihre vergleichende Darstellung der Verwaltungsmassnahmen im schweizerischen und deutschen Recht lückenhaft und unübersichtlich.

§ 17 Die Verwaltungsordnung im schweizerischen Recht

I Überblick über die gesetzliche Regelung

1. Das Stockwerkeigentumsrecht verweist für die Zuständigkeit zu den Verwaltungshandlungen und den baulichen Massnahmen auf das Miteigentum (ZGB 712g I); es finden sich auch keine abweichenden Sonderregelungen; dementsprechend gelten die Vorschriften von ZGB 647 bis 647e grundsätzlich uneingeschränkt, soweit die Stockwerkeigentümer nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart haben (ZGB 712g II). Immerhin wird im einzelnen durch Auslegung zu prüfen sein, inwieweit die Regeln des Miteigentums auch im Bereich des Stockwerkeigentums geeignet sind.

2. Die im Zusammenhang mit der Einführung des Stockwerkeigentums erfolgte Revision des Miteigentumsrechts hat gegenüber der alten Ordnung[1] zwei grundlegende Neuerungen gebracht:

- Weil sich die Unterscheidung der Verwaltungsmassnahmen nach deren Tragweite vor allem im Hinblick auf das Stockwerkeigentum (Unterhalt und Erneuerung der Gebäude) als zu eng und ungeeignet erwiesen hat, ist vom Gesetzgeber noch ein weiterer Rechtskomplex geschaffen worden, und zwar für die Anordnung von baulichen Massnahmen im besonderen, die nach dem Kriterium des Sachnutzens unterschieden werden (ZGB 647c–e).
- Um die einzelnen Miteigentümer gegenüber der Willkür der Mehrheit in Schutz zu nehmen, hat der Gesetzgeber unverzichtbare Individualansprüche vorgesehen, und zwar das Recht auf selbständige Vornahme der dringlichen und das Recht auf Anordnung der notwendigen Verwaltungshandlungen (ZGB 647 II).

3. Die Neuregelung des Miteigentumsrechts baut somit auf drei Kategorien auf[2]:

- Unterscheidung nach der sachlichen und zeitlichen Bedeutung der Verwaltungsmassnahmen;
- Unterscheidung nach der Tragweite der Verwaltungsmassnahmen;
- Unterscheidung nach dem Sachnutzen der Verwaltungsmassnahmen (Sonderregelung für bauliche Massnahmen).

In der Lehre ist zum Teil kritisiert worden, dass die Unterscheidung in die gewöhnlichen und wichtigeren Verwaltungshandlungen beibehalten worden ist[3]. Zwar ist zuzugeben, dass die heute geltende Miteigentumsordnung den Anschein erweckt, relativ unübersichtlich zu sein; dies liegt jedoch vor allem in der Komplexheit der sich stellenden Probleme begründet. Bei der Unterscheidung nach der Tragweite und jener nach dem Sachnutzen handelt es sich nicht um eine Doppelspurigkeit, sondern um eine von der Sache her begründete Notwendigkeit: Es gibt Fälle, in denen die Einteilung in notwendige, nützliche und luxuriöse Massnahmen nicht sachentspre-

1 Zu den Mängeln der alten Miteigentumsordnung im einzelnen vgl. Meier-Hayoz, Art. 647, N 3 ff; Liver, Marxer, 164 ff und SPR V/1, 66 ff.
2 Vgl. auch K. Müller, 26 ff; Schneider, 91 ff.
3 Studer, 22.

chend wäre[4]; sie betreffen insbesondere jene Verwaltungshandlungen, die mit der Bewirtschaftung der Sache im weiteren Sinne im Zusammenhang stehen[5].

4. Die Unterscheidung in verschiedene Kategorien von Massnahmen ist für die Zuständigkeit zu deren Anordnung von Bedeutung. Dabei steht je nach der Gruppe der Massnahmen ein verschieden grosser Bereich an Möglichkeiten offen:

- Die Unterscheidung nach der zeitlichen und sachlichen Bedeutung der Verwaltungshandlungen fragt nach der Zuständigkeit unter den verschiedenen Organen der Stockwerkeigentümergemeinschaft (Stockwerkeigentümer, Versammlung, Verwalter).
- Die Unterscheidung nach dem Sachnutzen gibt an, mit welchem Quorum (also mit welcher "Masse") das zuständige Organ (Versammlung) einer baulichen Massnahme zuzustimmen hat.
- Die Unterscheidung nach der Tragweite der Verwaltungshandlungen bezieht sich auf beide Kriterien, wobei die Quorumsfrage systematisch insoweit vorgeht, als nur dann, wenn nicht eine qualifizierte Versammlungsmehrheit zuständig ist, also bei den gewöhnlichen Verwaltungshandlungen, sich die Frage stellt, welches Organ sie anordnen kann.

5. Es stellt sich schliesslich noch die Frage, in welchem Verhältnis die drei Kategorien zueinander stehen.

- Die Unterteilung nach dem Sachnutzen ist der mit der Revision der Miteigentumsordnung neu geschaffene Sonderfall gegenüber der Frage nach der Tragweite der Massnahmen[6]; es handelt sich somit bei ZGB 647c–e um eine lex specialis zu ZGB 647a und b[7]. Im Einzelfall muss deshalb vorerst abgeklärt werden, ob es sich um eine bauliche Massnahme handelt[8]; ist dies nicht der Fall, sind die allgemeinen Regeln von ZGB 647a und b anwendbar[9].
- Demgegenüber ist für die Unterteilung nach der sachlichen und zeitlichen Bedeutung der Massnahme irrelevant, ob es um eine bauliche bzw. nicht bauliche Massnahme oder um eine gewöhnliche bzw. wichtigere Verwaltungshandlung geht[10]. Indem der Gesetzgeber die Durchführung der notwendigen und dringlichen Massnahmen gemäss ZGB 647 II gewährleistet, hat er diese Massnahmen aus dem Komplex möglicher Verwaltungshandlungen herausgehoben[11]. Gewisse Ähnlich-

4 BBl 1962 II 1506; Meier-Hayoz, Art. 647, N 12; K. Müller, 25.
5 Schneider, 103, 106.
6 Im einzelnen Liver, Marxer, 172 ff.
7 Ausdrücklich für das Verhältnis von ZGB 647d zu 647b: Meier-Hayoz, Art. 647d, N 4; dasselbe gilt auch für das Verhältnis von ZGB 647c zu 647a: Grundsätzlich gilt für notwendige bauliche Massnahmen ZGB 647c, soweit nicht ausdrücklich in dieser Bestimmung wiederum ZGB 647a vorbehalten ist (ZGB 647c a.E.); zudem gilt selbstverständlich ZGB 647a bei gewöhnlichen nicht notwendigen baulichen Massnahmen und bei gewöhnlichen nicht baulichen Massnahmen.
8 Dazu hinten § 17 III A.
9 Deshalb wird im folgenden zuerst die Unterscheidung nach dem Sachnutzen und erst hernach diejenige nach der Tragweite behandelt.
10 Schneider, 92.
11 Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet löst sich auch das Problem der Vorbehalte von ZGB 647a II und 647b II (vgl. dazu Meier-Hayoz, Art. 647a, N 10 f und Art. 647b, N 10; Schneider, 103, 105):

keiten bestehen nur insoweit, als im Bereich der sachlichen Bedeutung einer Massnahme dasselbe Kriterium des Sachnutzens verwendet wird wie bei der Abgrenzung der notwendigen von den nützlichen und luxuriösen Massnahmen.

II Die Unterscheidung nach der sachlichen und zeitlichen Bedeutung

A Die notwendigen Verwaltungshandlungen

Nach ZGB 647 II 1 kann jeder Stockwerkeigentümer von der Gemeinschaft die Vornahme all jener Verwaltungshandlungen fordern, die für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit nötig sind. Der einzelne Stockwerkeigentümer ist somit nicht selbständig zur Anordnung der notwendigen Massnahmen befugt[12]; er kann nur ein entsprechendes Begehren an die Versammlung stellen; folgt diese der Aufforderung nicht, muss der Stockwerkeigentümer eine richterliche Verfügung erwirken. Gleichgültig ist, ob die verlangten Massnahmen zu den baulichen, gewöhnlichen oder wichtigeren Anordnungen gehören[13].

Obwohl das Gesetz von der Erhaltung des Wertes "und" der Gebrauchsfähigkeit der Sache spricht, ist sich die Lehre darüber einig, dass die Anforderungen nicht kumulativ, sondern alternativ aufzufassen sind[14]. Der Gesetzgeber hat offensichtlich übersehen, dass der Wert verschiedener Sachen nicht von der Gebrauchsfähigkeit abhängt und dass Gebrauchsfähigkeit vorliegen kann, ohne dass ein nennenswerter Verkehrswert gegeben ist: Der Erhaltungsanspruch der Stockwerkeigentümer wäre jedenfalls erheblich eingeschränkt, wenn Fälle von Sachen mit Gebrauchs-, aber ohne wesentlichen Verkehrswert (z.B. altes Auto, das noch gut läuft) oder Wertsachen, die nicht dem Gebrauch dienen (Schmuck, Kunstgegenstände), nicht erfasst würden. Zu Recht geht deshalb Meier-Hayoz[15] davon aus, dass neben dem

- ZGB 647a II: Unentziehbar ist nur die Befugnis zur Vornahme dringlicher Massnahmen, nicht aber zur eigenmächtigen Vornahme gewöhnlicher notwendiger Massnahmen; in diesem Bereich darf dem Stockwerkeigentümer jedoch wenigstens das Recht zur Anrufung des Richters nicht entzogen werden.
- ZGB 647b II: Nach Meier-Hayoz ist der Vorbehalt als solcher im Hinblick auf die notwendigen und dringlichen Verwaltungshandlungen (ZGB 647 II) zu verstehen, weil nicht ersichtlich sei, weshalb andernfalls nicht alle baulichen Massnahmen genannt würden; verhielte es sich so, wäre der Vorbehalt nur von deklaratorischer Natur (und damit an sich entbehrlich), weil die Ansprüche aus ZGB 647 II ohnehin zwingend sind. Demgegenüber geht Schneider in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut wohl zu Recht davon aus, dass nur die notwendigen baulichen Massnahmen vorbehalten zu werden brauchen, weil sowohl die nützlichen wie die luxuriösen baulichen Massnahmen keine Erleichterung in der Beschlussfassung gegenüber ZGB 647b bringen; somit erweist sich der Vorbehalt als (nicht unbedingt notwendige) Bestätigung des allgemeinen Grundsatzes, dass die Regeln hinsichtlich der baulichen Massnahmen den Bestimmungen über die nicht baulichen Verwaltungshandlungen vorgehen.

12 Es sei denn, es handle sich lediglich um eine gewöhnliche Verwaltungshandlung im Sinne von ZGB 647a I.

13 Bundesgericht, 21.10.1971, BGE 97 II 323; Meier-Hayoz, Art. 647, N 43.

14 Meier-Hayoz, Art. 647, N 47; K. Müller, 51, Anm. 36; Studer, 22 f; Schneider, 93.

15 Meier-Hayoz, Art. 647, N 47.

Wert und der Gebrauchsfähigkeit auch die Nutzungsfähigkeit in Betracht gezogen werden muss. Somit ist jede "zur Vermeidung von Zerfall, Zerstörung oder anderer Verschlechterung des Zustandes der Sache unausweichliche Massnahme"[16] notwendig im Sinne von ZGB 647 II 1. Falls in das Reglement eine Bestimmung über die notwendigen Verwaltungshandlungen aufgenommen wird, sollte jedenfalls zwischen der Werterhaltung und der Gebrauchsfähigkeit ein "oder" stehen.

Welche Massnahmen im Einzelfall notwendig sind, kann nicht generell gesagt werden[17]: Es kommt auf die individuellen und konkreten Umstände an, wobei jedoch an diese ein objektivierter Massstab anzulegen ist. Kriterien sind z.B. die ortsübliche Anschauung, die Wichtigkeit des Gebäudes, die finanzielle Lage der Stockwerkeigentümer zur Zeit der Begründung des Stockwerkeigentums, der Lebensstandard der Stockwerkeigentümer, die wirtschaftliche Betrachtungsweise hinsichtlich des Unterhalts eines solchen Gebäudes und andere mehr[18]. Die Unterteilung von Massnahmen nach dem Sachnutzen stammt dabei schon aus dem römischen Recht (impensae necessariae, utiles, voluptuariae) und findet auch in weiteren Bereichen des schweizerischen Rechts Anwendung, insbesondere im Besitzesschutz (ZGB 939) und bei der ungerechtfertigten Bereicherung (OR 65)[19]; Anhaltspunkte für den Richter ergeben sich deshalb durch die entsprechende Heranziehung solcher Entscheidungen[20]. Die Rechtsprechung zu diesen Bestimmungen darf jedoch nicht unbesehen übernommen werden[21], weil sie eine unterschiedliche Interessenlage regeln, nämlich nur eine Kostenfrage. So ist in der Schweiz im Gegensatz zur deutschen Lehre[22] nicht bereits als notwendig zu erachten, was nach vernünftiger wirtschaftlicher Anschauung angezeigt ist, den Ertrag zu vermehren oder die Rentabilität zu erhöhen[23]. Anders als bei ZGB 939 kann auch die ordnungsgemässe Bewirtschaftung nicht generell als notwendige Massnahme angesehen werden, sondern höchstens dort, wo es um die unausweichliche Erhaltung des Wertes oder der Gebrauchsfähigkeit der Sache (nicht aber um die Zweckmässigkeit von Bewirtschaftungsmassnahmen) geht[24].

Der Anspruch auf die Anordnung der notwendigen Verwaltungshandlungen durch die Versammlung oder den Richter ist dem einzelnen Stockwerkeigentümer unentziehbar[25]. Es war ja gerade eines der Ziele der Revision der Miteigentumsordnung, die Allmacht der Mehrheit in gewissen Bereichen zu brechen. Der Anspruch kann auch nicht nur mehreren Stockwerkeigentümern zusammen verliehen

16 Schneider, 93.
17 Ausführlicher Beispiel-Katalog bei Meier-Hayoz, Art. 647, N 50 f.
18 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 647c, N 23 und dort zitierte Literatur.
19 Überblick bei Liver, Marxer, 172 f (Anm. 32).
20 Im einzelnen Emil W. Stark, Berner Kommentar, Bd. IV/3/1, Bern 1976, Art. 939, N 8 ff.
21 Dazu Schneider, 93 ff.
22 Vgl. Staudinger/Kober/Vogel, § 744, N 3; Staudinger/Berg, § 994, N 7.
23 Meier-Hayoz, Art. 647, N 48; Bundesgericht, 21.10.1971, BGE 97 II 324.
24 Eingehend Schneider, 94 ff; er geht zwar davon aus, dass Massnahmen für eine ordnungsgemässe Bewirtschaftung nicht durch den Gesetzeswortlaut gedeckt sind (95), doch dürfte er sich kaum bei dieser absoluten Aussage behaften lassen wollen, indem er später unausweichlich werterhaltende Bewirtschaftungsmassnahmen ebenfalls als notwendig bezeichnet (96); entscheidend bleibt somit eine restriktive Auslegung des Begriffes Notwendigkeit.
25 Meier-Hayoz, Art. 647, N 44; Schneider, 92; BBl 1962 II 1506; Studer, 21; K. Müller, 29; Liver, SPR V/1, 104.

werden. Hingegen ist eine Erweiterung der Rechte zulässig: Die Gemeinschaftsordnung kann vorsehen, dass jeder Stockwerkeigentümer zur Anordnung notwendiger Massnahmen befugt ist[26]. Ob eine solche Regelung zweckmässig wäre, ist jedoch fraglich. Ebenso ist es den Stockwerkeigentümern unbenommen, zu umschreiben, was sie als notwendige Verwaltungshandlung betrachten; der Richter ist im Streitfalle zwar nicht daran gebunden[27], doch geben allfällige Kriterien (v.a. hinsichtlich der ordnungsgemässen Bewirtschaftung) Richtlinien ab, die als konkrete Umstände gegebenenfalls mit zu würdigen sind.

B Die dringlichen Verwaltungshandlungen

Gemäss ZGB 647 II 2 kann ein Stockwerkeigentümer von sich aus auf Kosten aller diejenigen Massnahmen ergreifen, die sofort getroffen werden müssen, um die Sache vor drohendem oder wachsendem Schaden zu bewahren. Es muss sich also um Massnahmen handeln, die keinen Aufschub dulden können. Ob Dringlichkeit vorliegt oder nicht, beurteilt sich nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern das Eingreifen muss objektiv geboten sein. Weil jedoch der Entschluss meist unter Zeitdruck zu treffen ist, erweist sich eine starre Objektivierung nicht als angebracht: Es ist darauf abzustellen, was der vielzitierte "vir bonus" unter den gleichen Umständen getan hätte; eine Kompetenzüberschreitung liegt dann vor, "wenn ein vernünftiger sachverständiger Mann bei pflichtgemässer Voraussicht die in Frage stehende Massnahme nicht vorgenommen hätte"[28]. Es genügt aber die relative Dringlichkeit, z.B. im Hinblick auf eine Stockwerkeinheit.

Die Dringlichkeit einer Verwaltungsmassnahme kann nicht generell umschrieben werden; es kommt wiederum auf die konkreten Umstände an[29]. Die Handlungsbefugnis des Stockwerkeigentümers geht z.B. um so weiter, je zeitraubender die Einberufung einer Versammlung ist und je schwerer der Verwalter (wegen Abwesenheit, Krankheit) erreicht werden kann[30].

Dringliche Massnahmen sind stets notwendige im Sinne von ZGB 647 II 1[31]; hingegen trifft dies umgekehrt nicht zu. Bei der Abgrenzung der beiden ist deshalb eine besondere Präzision erforderlich, weil die Rechtsstellung des einzelnen nicht gleichartig ausgestaltet ist, indem ein Stockwerkeigentümer auf Grund von ZGB 647 II 1 noch kein Recht auf selbständiges Handeln hat. Hingegen brauchen dringliche Verwaltungsmassnahmen nicht gewöhnliche zu sein[32], sondern es kann sich auch um wichtigere handeln.

26 Der Bereich der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen würde damit erweitert; dazu bedarf es eines einstimmigen Beschlusses (ZGB 712g II).

27 Die Frage der Notwendigkeit entscheidet sich nach objektivem Recht.

28 Schneider, 98; in diesem Sinne auch Meier-Hayoz, Art. 647, N 60; von Tuhr/Peter, 130 f (betr. notwendige Massnahmen); K. Müller, 30; vgl. auch Staudinger/Ring, § 21, N 5.

29 Beispiel-Katalog bei Meier-Hayoz, Art. 647, N 61.

30 Die Frage einer allfälligen Pflicht zur Vornahme der dringlichen Massnahmen wird gesondert betrachtet (hinten § 19 III).

31 Meier-Hayoz, Art. 647, N 57; Schneider, 97; Friedrich, § 24, N 3.

32 Weil der Stockwerkeigentümer gemäss ZGB 647a zur Vornahme der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen kompetent ist, mag es sogar scheinen, dass ZGB 647 II 2 für diesen Bereich

Dass bei Fehlen eines Verwalters jeder Stockwerkeigentümer von sich aus Massnahmen ergreifen kann, die getroffen werden müssen, um die Sache vor drohendem oder wachsendem Schaden zu bewahren, ist ohne weiteres gerechtfertigt. Dieses Recht besteht aber auch dann, wenn ein Verwalter bestellt ist. In einem solchen Fall ist zwar ebenso der Verwalter zur Anordnung von dringlichen Massnahmen berechtigt (ZGB 712s I a.E.). Weil es deshalb zu praktischen Schwierigkeiten kommen könnte, wenn beide das gleichgelagerte Recht gleichzeitig ausüben (z.B. Beauftragung von Handwerkern bei einem Wasserleitungsbruch), ist in der schweizerischen Lehre anerkannt, dass die Kompetenz des Verwalters jener des Stockwerkeigentümers vorgeht[33]. Dass ein Verwalter bestellt ist, reicht aber noch nicht aus[34]; er muss auch gewillt und in der Lage sein, den Schaden abzuwehren, also die sachentsprechenden Vorkehren zu treffen; dies dürfte dann meist nicht der Fall sein, wenn der Verwalter wegen Abwesenheit oder Krankheit nicht tatsächlich eingreifen kann. Das Recht auf selbständiges Handeln wird deshalb dem einzelnen Stockwerkeigentümer nicht entzogen, sondern die Befugnis ruht, solange der Verwalter seiner Pflicht nachkommen kann (und nachkommt); verfahrensrechtlich muss der einzelne Stockwerkeigentümer allfällige Schäden vorerst dem Verwalter melden und kann nur, wenn dieser nicht erreichbar ist oder das Notwendige nicht veranlasst, selber tätig werden.

Das Recht auf Vornahme der dringlichen Verwaltungshandlungen ist unentziehbar[35]. Es kann auch nicht dadurch eingeschränkt werden, dass die Gemeinschaftsordnung versucht, die dringlichen Tatbestände abschliessend aufzuzählen, weil über die Frage, ob der Betroffene in guten Treuen hat selbständig handeln dürfen, der Richter entscheidet.

III Die Unterscheidung nach dem Sachnutzen

A Der Begriff der baulichen Massnahmen

1. Fehlende Umschreibung im Gesetz

Der Begriff der baulichen Massnahmen ist im schweizerischen Zivilrecht nirgends definiert; er ist in dieser Form für das ZGB auch neu[36]. Unzweifelhaft muss es sich bei den baulichen Massnahmen um solche im gemeinschaftlichen Interesse handeln,

überhaupt keine Bedeutung hat; dies trifft jedoch nur so lange zu, als die Stockwerkeigentümer nicht vertraglich eine andere Ordnung vereinbart haben: Dem einzelnen kann somit nur die Zuständigkeit zur Vornahme der gewöhnlichen, nicht aber der dringlichen gewöhnlichen Verwaltungshandlungen entzogen werden.

33 Meier-Hayoz, Art. 647, N 63; K. Müller, 54, 121; Friedrich, § 24, N 4; Ch. Müller, 69.

34 Hauger, 241 dürfte Ch. Müller falsch verstehen, wenn sie meint, bereits die Verwalterbestellung genüge, dass die Befugnis der Stockwerkeigentümer ruhe; im übrigen ist aber ihren Ausführungen zuzustimmen.

35 Meier-Hayoz, Art. 647, N 57; K. Müller, 29; Studer, 21; Schneider, 92; Liver, SPR V/1, 104.

36 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 647c, N 8 sowie den Begriff der "innovazioni" (CCit 1108, 1120, 1121) und der "baulichen Veränderungen" nach WEG 22 (dazu hinten § 18 II B).

denn nur in diesem Bereich kommt der Stockwerkeigentümergemeinschaft eine beschränkte Selbständigkeit zu.

Die baulichen Massnahmen sind bei der Revision der Miteigentumsordnung ins Gesetz aufgenommen worden, weil sich das alte Recht bei Fragen der Verwaltung und der Erneuerung von Gebäuden als ungenügend erwiesen hat[37]. Gerade beim Stockwerkeigentum sind aber diese Fragen von noch grösserer Bedeutung. Dennoch kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Regeln über die baulichen Massnahmen auf eigentliche Gebäude beschränkt sind; vielmehr ist vom Begriff der Baute in ZGB 667 II und 675 auszugehen, wonach jede dauernd mit dem Grundstück oberirdisch oder unterirdisch verbundene Vorrichtung eine Baute darstellt[38]; miterfasst werden somit auch Fahrnisbauten[39]. Dabei muss es sich immer um Massnahmen tatsächlicher, nicht rechtlicher Natur handeln.

Eine bauliche Massnahme kann jedoch auch ein Kauf-Werkvertrag sein, wenn es nämlich um eine Anlage geht, die durch Verbindung mit der gemeinschaftlichen Sache deren Bestandteil wird; dies trifft etwa zu auf eine eingemauerte Waschmaschine[40] oder auf die Errichtung einer gemeinsamen Radio- und Fernsehantenne[41].

Weil es sich bei den baulichen Massnahmen um Sonderregelungen mit eigenen Mehrheitsvorschriften handelt, ist es von grosser Bedeutung, dass sie von anderen Verwaltungshandlungen klar abgegrenzt werden; dazu gehören[42]:

- die nicht baulichen Verwaltungshandlungen[43];
- die Massnahmen, die ein Stockwerkeigentümer kraft seines Rechts zur ausschliesslichen Verwaltung, Benutzung und inneren baulichen Ausgestaltung seiner Stockwerkeinheit vornehmen kann;
- die Massnahmen, die jeder Stockwerkeigentümer auf Grund seiner Nutzungs- und Gebrauchsrechte an der gemeinschaftlichen Sache durchführen kann (ZGB 648 I);
- die Massnahmen, welche die Zweckbestimmung des Gebäudes verändern (ZGB 648 II), z.B. der Umbau eines Wohnhauses in ein Geschäftshaus oder eine Fabrik[44].

2. Zur Frage der extensiven Auslegung der "baulichen Massnahmen"

Der Begriff der Baute umfasst die Fahrnisgegenstände nicht; Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten an diesen stellen deshalb grundsätzlich keine baulichen Massnahmen dar[45]. Dennoch wäre auch hier die Einteilung nach dem Sachnutzen zweckmässig.

37 Liver, Marxer, 164 f.
38 Meier-Hayoz, Art. 647c, N 11, Art. 667, N 3, Art. 675, N 2.
39 Beispiel-Katalog von baulichen Massnahmen bei Meier-Hayoz, Art. 647c, N 12.
40 Meier-Hayoz, Art. 647c, N 15.
41 K. Müller, 28.
42 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 647c, N 9 f.
43 Dazu nachfolgend Ziff. 2.
44 Meier-Hayoz, Art. 647c, N 10, Art. 647d, N 5.
45 Meier-Hayoz, Art. 647c, N 13; Schneider, 106.

Weshalb der Gesetzgeber die konsequente Gliederung nach notwendigen, nützlichen und luxuriösen Massnahmen den Bauten vorbehalten hat, ist nicht ganz ersichtlich[46]; der Fall der Fahrnisgegenstände ist auch nirgends Anlass zu einer kritischen Auseinandersetzung gewesen. Durch eine Einbeziehung der Unterhaltsarbeiten an Fahrnisgegenständen wäre die überkommene Einteilung nach der Tragweite nicht überflüssig geworden; vielmehr behält diese ihre Gültigkeit, wo nicht sich unmittelbar auf den körperlichen Zustand der Sache auswirkende Massnahmen in Frage stehen.

Was hätte es zur Folge, wenn der Begriff der baulichen Massnahmen in diesem Sinne (Bezug auf den körperlichen Zustand einer Sache) ausgedehnt würde? Soweit es sich um dringliche Anordnungen und gewöhnliche Verwaltungsmassnahmen (vorbehältlich einer anderslautenden Vereinbarung) handelt, ist jeder Stockwerkeigentümer zur Vornahme zuständig; für alle übrigen Fälle kann nach der sich an den Gesetzeswortlaut haltenden Auslegung nur die Bestimmung über die wichtigeren Verwaltungshandlungen zur Anwendung kommen (Mehrheit nach Personen und Mehrheit nach Anteilen). Fügt man demgegenüber die Arbeiten an Fahrnisgegenständen in das System der baulichen Massnahmen ein, ergibt sich folgendes Bild[47]:

- Keine Änderungen ergeben sich im Bereiche der nützlichen Massnahmen, weil ZGB 647d ebenfalls die doppelte Mehrheit nach Personen und Anteilen vorsieht.
- Eine Privilegierung tritt im Rahmen der notwendigen baulichen Massnahmen ein (nur Mehrheit nach Personen); diese ist jedoch auch bei Unterhaltsarbeiten an Fahrnisgegenständen gerechtfertigt, denn es ist nicht einzusehen, weshalb eine notwendige Reparatur, z.B. an einer Schneeräummaschine im Winter, einer qualifizierten Zustimmung bedarf.
- Dagegen führt das System der baulichen Massnahmen bei den luxuriösen Anordnungen zu einer Erschwerung, indem (vorbehältlich ZGB 647e II) Einstimmigkeit verlangt wird; aber auch diese Folgerung erscheint als angebracht, indem nicht alle Stockwerkeigentümer kostenpflichtig werden sollen, weil die Mehrheit nach Personen und Anteilen eine luxuriöse Veränderung an einem Fahrnisgegenstand beschlossen hat[48].

Es hat sich also gezeigt, dass die ungleiche Behandlung von Gebäuden und Fahrnisgegenständen an sich sachwidrig ist, zugleich eine durchgehende Einteilung nach dem Sachnutzen sinnvoll[49]. Dadurch würde zwar der Anwendungsbereich von ZGB 647b auf den Bereich der wichtigeren Bewirtschaftungsmassnahmen eingeengt. Dass diese Beschränkung jedoch sachadäquat ist, ergibt sich auch aus den in dieser Bestimmung aufgezählten Beispielen[50]. Zugleich führt diese Betrachtungsweise zur

46 Vgl. BBl 1962 II 1506; Liver, Marxer, 172, Anm. 31.
47 Eingehend auch Schneider, 107 f.
48 Beispiele dafür sind zwar schwer zu finden: Zu denken wäre etwa an die unnötige Neulackierung eines Autos (Schneider, 108, Anm. 48a) oder den Einbau von Fernsteuerungen und Funkanlagen in Gebrauchsmaschinen.
49 Schneider, 107.
50 Dasselbe Bild ergibt sich bei einer Betrachtung der von Meier-Hayoz, Art. 647b, N 5 aufgezählten Beispiele.

Verwirklichung der Tatsache, dass Erhaltung einer – unbeweglichen oder beweglichen – Sache sowie Bewirtschaftung einer Sache zwei verschiedene Bereiche sind[51].

Zu Recht hat deshalb Meier-Hayoz bereits 1966 die analoge Anwendung der baulichen Massnahmen auf die Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten an Fahrnisgegenständen angeregt[52]. Gerichtspraxis fehlt meines Wissens bisher. Um sich einer gewissen Rechtsunsicherheit nicht auszusetzen, wäre es deshalb sinnvoll, vertraglich im Begründungsakt oder durch einen späteren einstimmigen Beschluss (ZGB 647 I, 712g II) zu vereinbaren, dass das gesetzliche System betreffend die baulichen Massnahmen (ZGB 647c–e) auch auf Fahrnisgegenstände anwendbar sei.

3. Zur Problematik der Neubauten

Ob auch Neubauten unter den Begriff der baulichen Massnahmen fallen, ist in der Lehre umstritten[53]. Das Gesetz spricht von "Unterhalts-, Wiederherstellungs- und Erneuerungsarbeiten" (ZGB 647c I) sowie von "Erneuerungs- und Umbauarbeiten" (ZGB 647d I); der Gesetzeswortlaut scheint also darauf hinzudeuten, dass Neubauten davon nicht erfasst werden. Auch war es Absicht des Gesetzgebers, eine Sonderregelung dafür zu schaffen, dass die Gebäude den Verhältnissen der Zeit angepasst werden können[54].

Anderseits ergibt sich doch ebensowenig ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Dazu kommt, dass sich ZGB 647c–e für die sich im Rahmen von Neubauten stellenden Fragen besser eignen als ZGB 647b (einheitlich Mehrheit nach Personen und Anteilen)[55]. Die differenzierten Mehrheitsverhältnisse gemäss der Unterscheidung nach dem Sachnutzen ergeben folgendes Bild[56]:

- Handelt es sich um eine notwendige Neubaute (z.B. Lawinenverbauung), so ist – gerechtfertigterweise – nur eine Mehrheit nach Personen erforderlich.
- Bei einer nützlichen Neubaute ist wie bei einer wichtigeren Verwaltungshandlung die doppelte Mehrheit nach Personen und Anteilen vorgesehen; eine Erschwerung und damit ein erweiterter Schutz des Stockwerkeigentümers besteht aber darin, dass die Anordnung der Massnahme seiner Zustimmung bedarf, wenn er in der bisherigen Benutzung der Sache erheblich und dauernd beeinträchtigt wird, und dass er keine Kostenbeiträge bezahlen muss, sofern ihm dies unzumutbar ist.

51 Ohne Rücksicht darauf, ob es sich um bauliche oder andere Massnahmen handelt, hat ZGB 647 II 1 die notwendigen Anordnungen hervorgehoben; eine graduelle Abstufung ergibt sich jedoch auch in diesem Bereich, indem – wie bereits festgestellt (vorne § 17 II A) – Bewirtschaftungsmassnahmen nur in dem Ausnahmefall notwendig sind, als es sich um eigentliche Unterhaltsarbeiten (z.B. in einem Wald) handelt.

52 Meier-Hayoz, Art. 647c, N 13.

53 Dagegen Meier-Hayoz, Art. 647c, N 12a (wobei darin wohl nicht ein kategorischer Ausschluss gesehen werden kann) und Art. 647d, N 15; dafür Schneider, 110 f.

54 Liver, Marxer, 164 f.

55 So betrachtet auch Meier-Hayoz (Art. 647c, N 12a) die Erstellung von Garagen zu schon bestehenden Wohnhäusern und die Errichtung einer Scheune auf einem gemeinschaftlichen landwirtschaftlichen Grundstück als eine "Neuerung" (d.h. wohl Erneuerungsarbeit), die man als bauliche Massnahme betrachten könne.

56 Vgl. auch Schneider, 110 f.

– Eine luxuriöse Neubaute bedarf eines einstimmigen Beschlusses (vorbehältlich der Sonderregelung von ZGB 647e II); diese Erschwerung der Beschlussfassung ist nicht nur sinnvoll, sondern sogar erforderlich, wenn ein Stockwerkeigentümer nicht Gefahr laufen will – durch einen qualifizierten Mehrheitsbeschluss überstimmt –, Kostenbeiträge an die Errichtung eines Schwimmbades oder eines Gartenpavillons zahlen zu müssen.

Ob ein Gericht sich im Streitfalle an den Gesetzeswortlaut halten oder eine unechte Lücke – diese mit dem System der baulichen Massnahmen füllend – annehmen würde, ist kaum vorauszusagen. Die Stockwerkeigentümer sollten deshalb vertraglich (einstimmig) eine Regelung treffen, wobei es aus den erwähnten Gründen zweckmässig ist, auch für Neubauten die Ordnung von ZGB 647c–e für anwendbar zu erklären.

B Die notwendigen baulichen Massnahmen

1. Notwendig sind bauliche Massnahmen dann, wenn sie für die Erhaltung des Wertes oder[57] der Gebrauchsfähigkeit der Sache erforderlich sind; massgebend ist wiederum, unter Würdigung der konkreten Umstände, der individuelle Einzelfall[58]. Bei Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten an einem zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäude erscheinen auch die Länge der Arbeiten, die Bedeutung und Wichtigkeit ihrer Ausführung sowie die Kosten und Lasten, die sich daraus ergeben, als zu würdigende Faktoren[59].

Die notwendigen baulichen Massnahmen sind von der Versammlung zu beschliessen; die konkrete Durchführung obliegt dem Verwalter (sofern einer bestellt ist) oder einem speziell dafür bezeichneten Stockwerkeigentümer (Auftragserteilung, Überwachung der Arbeiten, Abrechnungen). Kommt ein Beschluss nicht zustande (Beschlussunfähigkeit, Nichterreichen des erforderlichen Quorums), kann sich jeder Stockwerkeigentümer an den Richter wenden (ZGB 647 II 1)[60]; ein Vorgehen auf eigene Faust ist hingegen unzulässig. Der Richter erlässt dann die erforderlichen Anordnungen[61]. Ob der Verwalter, der nicht Stockwerkeigentümer ist, also nicht in einer dinglichen Rechtsstellung steht, den Richter ebenfalls anrufen kann, ist fraglich[62].

2. Die notwendigen Massnahmen werden mit der Mehrheit nach Personen beschlossen. Eine Erschwerung der Beschlussfassungsvorschriften (Mehrheit nach Personen und Anteilen, qualifizierte Personenmehrheit) ist ohne weiteres zulässig[63].

57 Es gilt auch hier die alternative Anwendung (vorne § 17 II A).
58 Im einzelnen vgl. vorne § 17 II A.
59 Michaud, 74.
60 Friedrich, § 24, N 6 und eingehend vorne § 17 II A.
61 Liver, SAV 10, 8.
62 So aber Friedrich, § 24, N 6; gemäss ZGB 712s I ist der Verwalter nur zu den dringlichen Massnahmen, die von den notwendigen streng zu trennen sind, befugt. Er hat auch m.E. seine Pflicht als Verwalter erfüllt, wenn er die Versammlung einberuft und diese über die Notwendigkeit bestimmter Massnahmen orientiert; die weiter gehende Anrufung des Richters (gegen den Willen der Versammlung) würde seine Stellung zudem übermässig stärken.
63 Meier-Hayoz, Art. 647c, N 12; Friedrich, § 24, N 13; Ch. Müller, 98 f.

Für die Stockwerkeigentümer erwachsen daraus keine bleibenden Nachteile, weil für den Fall, dass Beschlüsse deswegen nicht mehr zustande kommen, jeder einzelne deren Anordnung vom Richter verlangen kann.

Immerhin kann sich die Frage stellen, ob eine generelle Erschwerung der Beschlussfassung unbegrenzt – also bis zur Einstimmigkeit gehend – zulässig ist. Im Aktienrecht ist die Frage umstritten: Während auf der einen Seite das Vetorecht des einzelnen Aktionärs ohne Rücksicht auf seine Kapitalbeteiligung als zu grosser Einbruch individualistischer Prägung in die kapitalistische Struktur der AG gewertet wird[64], soll auf der andern der Gesellschaft ihre Autonomie erhalten bleiben, weil in kleineren Verhältnissen, die stark auf die persönlichen Beziehungen der Beteiligten zugeschnitten sind, auch das Einstimmigkeitsprinzip seine Berechtigung habe[65]. Dieser Gedanke gilt für die Stockwerkeigentümergemeinschaft noch in erhöhtem Masse: Gerade wenn sie nur wenige Mitglieder umfasst, soll ihr die Möglichkeit offenstehen, grundsätzlich auf eine allgemeine Übereinstimmung abzustellen. Besonders deutlich zeigt sich dies im Grenzfall von nur zwei Mitgliedern: Sofern das Kopfstimmen- und nicht das Anteilsprinzip gilt, bedeutet Mehrheitsbildung regelmässig Einstimmigkeit. Obwohl also auch eine extreme Erschwerung der Beschlussfassungsvorschriften zulässig erscheint, ist nicht zu verkennen, dass sie den Intentionen des Gesetzgebers widerspricht. Die vertragliche Einführung wird deshalb in den meisten Fällen nicht empfehlenswert sein[66]. Zudem erscheint m.E. die vertragliche Statuierung des Einstimmigkeitsprinzips unter gewissen Umständen als rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig: Zu denken ist an den Fall, dass wegen des Einstimmigkeitsprinzips die Jahresrechnung nicht genehmigt und dem Verwalter keine Décharge erteilt werden kann[67], oder etwa an das Beispiel, dass ein Bauherr im vorgegebenen Begründungsakt generell die Einstimmigkeit in der Beschlussfassung vorsieht, für den Fall des Nichterreichens des Quorums die Kompetenzen des Verwalters erweitert und sich zugleich als Verwalter einsetzt.

3. Ob die Beschlussfassungsvorschriften auch erleichtert werden können, ist umstritten[68]. Dass die grundsätzliche Möglichkeit der Erleichterung besteht, ergibt sich

64 August Zehnder, Die Generalversammlung bei den Aktiengesellschaften, Diss. Bern 1922, 98.

65 Ulrich Geilinger, Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre, Diss. Zürich 1948, 40 f; mit Hinweis auf die Zulässigkeit, aber auch Problematik: von Steiger, AG, 195, Anm. 54 (vgl. aber auch 73 f) und Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 13, N 10, § 20, N 13.

66 Ch. Müller, 99.

67 Für das Aktienrecht sind Siegwart (Art. 648, N 8 und Art. 649, N 8) und Geilinger (Anm. 65, 45 ff) der Meinung, dass für gewisse Beschlüsse, die nach Gesetzesvorschrift unbedingt gefasst werden müssen (Festsetzung der Bilanz, der Gewinnverwendung, Wahl der Verwaltung oder der Kontrollstelle), nur die gewöhnliche Mehrheit vorgesehen sein darf, weil eine qualifizierte Mehrheit diese Beschlüsse unter Umständen ganz verunmöglichen und der Minderheit die Obstruktion erlauben würde (zweifelnd von Steiger, AG, 172 f). Diese Bedenken sind zwar nicht von der Hand zu weisen; dennoch fragt sich, ob – abgesehen vom kleineren Kreis der von der Versammlung zu beschliessenden Geschäfte (der Verwalter kann durch den Richter bestellt werden) – zwingendes Recht auch im Hinblick auf kleine Stockwerkeigentumsgemeinschaften angebracht ist oder ob nicht sinnvoller – wie vorgeschlagen – Missbräuche unter Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze verhindert werden sollen.

68 Bejahend Meier-Hayoz, Art. 647c, N 4; verneinend Liver, SPR V/1, 104 (sein Verweis auf Friedrich, § 24, N 11 ist doppelt ungenau, indem Friedrich die Erleichterung nicht a priori verneint und sich die zitierte Stelle überdies nur auf die notwendigen, nicht auf alle baulichen Massnahmen bezieht).

m.E. unzweifelhaft aus ZGB 712g II: Wenn dort von der Ersetzung "durch eine andere Ordnung" die Rede ist, so bedeutet dies nicht, dass lediglich verschärft werden kann (dies hätte das Gesetz eindeutig sagen können). Dazu kommt ein Weiteres: Wenn nur eine Erschwerung der Beschlussfassung zulässig wäre, hätte für die Änderung der Ordnung nicht Einstimmigkeit verlangt werden müssen, denn durch eine Verschärfung wird die Macht der Mehrheit vermindert und besteht ein Schutzbedürfnis der Minderheit vor der Mehrheit gar nicht[69].

Auf den Fall der notwendigen baulichen Massnahmen bezogen ergibt sich somit folgendes Bild: Wenn – entgegen der hier vertretenen Auffassung – die Mehrheit aller Stockwerkeigentümer zur Beschlussfassung erforderlich ist, kann durch Vereinbarung das Mehr der Anwesenden als genügend bezeichnet werden[70]. Erachtet man – zutreffend – ohnehin die Mehrheit der anwesenden Stockwerkeigentümer als ausreichend, bedeutet eine Erleichterung der Beschlussfassung, dass jeder einzelne Stockwerkeigentümer zur Anordnung von notwendigen baulichen Massnahmen zuständig ist. Unzulässig ist eine solche Ausgestaltung der Ordnung nicht; sinnvoll sein kann sie nur in sehr kleinen Gemeinschaften, die keinen Verwalter bestellt haben, oder aber bei zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Ferienwohnungssiedlungen, die während vieler Monate nur schwach belegt sind. Im allgemeinen, besonders wenn ein Verwalter bestellt ist, erscheint diese Ordnung aber nicht als zweckmässig[71] und es ist von einer vertraglichen Einführung abzuraten.

C Die nützlichen baulichen Massnahmen

1. Zu den nützlichen baulichen Massnahmen gehören solche, die, "ohne notwendig zu sein, zum Vorteil der Sache, insbesondere zur Steigerung ihres Wertes oder Ertrages oder zur Verbesserung der Gebrauchsfähigkeit getroffen werden"[72]. Massgebend ist eine Steigerung des objektiven Verkehrswertes. Im Einzelfall ist auf die konkreten Umstände und die individuellen Verhältnisse abzustellen[73,74].

Zur Anordnung von nützlichen baulichen Massnahmen bedarf es der doppelten Mehrheit nach Personen und Anteilen. Diese höheren Anforderungen werden deshalb gestellt, weil bei der Frage, ob ein Gebäude zwecks Verbesserung der Wirtschaftlichkeit oder der Gebrauchsfähigkeit umgebaut werden soll, die Ansichten der Stockwerkeigentümer weit auseinandergehen können (Beeinträchtigung in der bisherigen Nutzung, grössere Aufwendungen)[75]. Die schweizerische Regelung der revidierten Miteigentumsordnung ist aber dennoch neuerungsfreundlicher als das WEG, das grundsätzlich Einstimmigkeit verlangt (WEG 22 I); deshalb ist auch die in

69 So auch Ch. Müller, 99.
70 Vgl. hinten § 22 IV C 1.
71 Friedrich, § 24, N 11 bezeichnet eine solche Ordnung als "unangemessen".
72 Meier-Hayoz, Art. 647d, N 9; vgl. auch von Tuhr/Peter, 131.
73 Eingehender zum Begriff der Notwendigkeit vorne § 17 II A.
74 Ausführlicher Beispiel-Katalog bei Meier-Hayoz, Art. 647d, N 17; vgl. auch Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 28 und Magnenat, 80 f.
75 Friedrich, § 25, N 1.

Deutschland verbreitete Tendenz[76] verständlich, wirtschaftlich sinnvolle Massnahmen als notwendig zu bezeichnen. Mit seiner doppelten Mehrheit hat jedoch das schweizerische Recht einen vernünftigen Mittelweg gefunden, um die Anpassung bestehender Gebäulichkeiten an die jeweiligen Anforderungen und Bedürfnisse der Zeit zu ermöglichen, ohne die Rechte der einzelnen Stockwerkeigentümer übermässig einzuschränken[77].

2. Eine Erschwerung der Beschlussfassungsvorschriften wird allgemein für zulässig gehalten[78]. Dem ist zuzustimmen; immerhin ist einschränkend zu bemerken, dass die vertragliche Einführung des Einstimmigkeitsprinzips den Intentionen des Gesetzgebers widerspricht, der das Vetorecht des einzelnen gegenüber der alten Miteigentumsordnung stark (auf die luxuriösen baulichen Massnahmen) eingeschränkt hat. Dazu kommt, dass die Anordnung nützlicher baulicher Massnahmen nicht vom Richter verlangt werden kann. Das Einstimmigkeitsprinzip bei der Beschlussfassung würde also wieder das Aufleben der früheren unbefriedigenden Zustände fördern. Als unzulässig kann es aber deshalb noch nicht gelten (vor allem für kleinere Gemeinschaften, notwendig bei nur zwei Stockwerkeigentümern); eine Grenze ist jedoch dort gegeben, wo eine entsprechende Bestimmung als rechtsmissbräuchlich erscheint[79].

3. Über die Zulässigkeit der Erleichterung der Beschlussfassungsvorschriften gehen die Meinungen auseinander[80]. Das generelle Verbot der Erleichterung findet m.E. im Wesen des Stockwerkeigentums keine Stütze; wenn alle Stockwerkeigentümer gemeinsam beschliessen, dass die gewöhnliche Mehrheit nach Personen oder Anteilen genügen soll[81], werden durch spätere Beschlüsse die Rechte der einzelnen nicht übermässig eingeengt: Einerseits entspricht es der Funktion der nützlichen baulichen Massnahmen, dass den Aufwendungen ein entsprechender Gegenwert, an dem alle teilhaben, gegenübersteht, und anderseits hat das Gesetz in ZGB 647d II und III Ausnahmekautelen vorgesehen (Zustimmung des Betroffenen unter bestimmten Voraussetzungen, Befreiung von der Lastentragungspflicht bei Unzumutbarkeit). Immerhin kann der Fall eintreten, dass bei einer einseitigen Verteilung der Wertquoten bei Geltung des Kopfstimmenprinzips eine anteilsmässig kleine Minderheit – mit Kostentragungspflicht für den wertmässig Hauptbeteiligten – nützliche bauliche Massnahmen beschliesst oder bei Geltung des Anteilsstimmenprinzips ein mehr als hälftig Beteiligter allein solche Massnahmen durchsetzen kann. Diese Sonderfälle berechtigen aber nicht, die gesetzliche Regel für zwingend zu erklären. Die benachteiligten Stockwerkeigentümer können nämlich einen solchen Beschluss

76 Vgl. vorne § 17 II A.

77 Dazu auch BBl 1962 II 1507.

78 Meier-Hayoz, Art. 647c, N 4; Friedrich, § 25, N 5; Liver, SPR V/1, 104.

79 Es gilt dasselbe, was bereits hinsichtlich der notwendigen baulichen Massnahmen gesagt worden ist (vorne § 17 III B).

80 Für die Zulässigkeit Meier-Hayoz, Art. 647c, N 4 und wohl auch Magnenat, 79; dagegen Friedrich, § 25, N 6 und Liver, SPR V/1, 104 (je ohne nähere Begründung).

81 Unzulässig erscheint die noch weitere Erleichterung, dass jeder Stockwerkeigentümer selbständig nützliche bauliche Massnahmen anordnen darf. Eine solche weitreichende Einzelbefugnis widerspräche dem Wesen des Stockwerkeigentums als Gemeinschaftsverhältnis und würde die übrigen in ihren wirtschaftlichen Interessen übermässig einschränken.

wegen Rechtsmissbrauchs (ZGB 2) oder wegen übermässiger Beschränkung in der wirtschaftlichen und persönlichen Freiheit (ZGB 27 II) anfechten[82].

4. Zum Schutz des einzelnen Stockwerkeigentümers hat der Gesetzgeber zwei Einschränkungen (Vetorecht) vorgesehen, die zwingenden Rechts sind, vertraglich also nicht abbedungen werden können[83]:

- ZGB 647d II: Wird einem Stockwerkeigentümer der Gebrauch oder die Benutzung seiner Stockwerkeinheit zum bisherigen Zweck "erheblich oder dauernd erschwert oder unwirtschaftlich" gemacht, so ist seine Einwilligung zu den fraglichen Massnahmen erforderlich[84]. Die Verweigerung der Einwilligung, den Mehrheitsbeschluss durchführen zu lassen, ist nicht rechtsmissbräuchlich, soweit es sich nicht um kleinere Unzukömmlichkeiten handelt[85], die weder erheblich noch dauernd sind[86].
- ZGB 647d III: Ein Stockwerkeigentümer kann die Tragung des auf ihn entfallenden Kostenanteils ablehnen, wenn ihm Aufwendungen auferlegt werden, die ihm, auch nicht teilweise, zumutbar sind[87]. Die richterliche Festlegung im Einzelfall dürfte schwierig sein; die zweimalige Nennung von "zumutbar" deutet darauf hin, dass nach Recht und Billigkeit (ZGB 4) zu entscheiden ist[88]. Zahlt jedoch der Stockwerkeigentümer keine Beiträge, kann er – analog zu ZGB 647e II – von der Mitbenützung der neuen Einrichtungen ausgeschlossen werden[89].

D Die luxuriösen baulichen Massnahmen

1. Luxuriös sind weder notwendige noch nützliche Massnahmen, die "nur zur Befriedigung von Luxusbedürfnissen dienen oder den Affektionswert einer Sache erhöhen"[90]. Die luxuriösen Massnahmen zeichnen sich dadurch aus, dass ihnen grundsätzlich kein wesentlicher materieller Vorteil gegenübersteht. Weil aber die wenigsten dieser Massnahmen überhaupt keine Steigerung des Wertes oder der Gebrauchsfähigkeit bewirken, ist die Abgrenzung zu den nützlichen Aufwendungen oft schwierig[91]: So wird entscheidend sein, ob die Bequemlichkeit im Gebrauch oder die Hebung der Gebrauchsfähigkeit überwiegt bzw. wie sich das Verhältnis der durch die luxuriösen Massnahmen verursachten Kosten zum wirtschaftlichen Resultat verhält. Bei der Wertung ist auf den Einzelfall abzustellen (Art des Gebäudes,

82 In diesem Sinne auch Ch. Müller, 99.
83 Friedrich, § 25, N 7; eingehend dazu Magnenat, 82 ff.
84 Im einzelnen Meier-Hayoz, Art. 647d, N 18 ff.
85 Für diese muss die Stockwerkeigentümergemeinschaft schadenersatzpflichtig sein; weil eine ausdrückliche Rechtsgrundlage fehlt, wird wohl ZGB 647e II analog anzuwenden sein.
86 Friedrich, § 25, N 7.
87 Friedrich, § 25, N 8; Meier-Hayoz, Art. 647d, N 21 ff; Schneider, 148.
88 Vgl. Meier-Hayoz, Einleitung, Art. 4, N 9 ff.
89 Friedrich, § 25, N 9.
90 von Tuhr/Peter, 131.
91 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 647e, N 2 und dort zitierte Literatur; Friedrich, § 26, N 2; Magnenat, 89 ff; Emil W. Stark, Berner Kommentar, Bd. IV/3/1, Bern 1976, Art. 939, N 11 f; Schneider, 111.

Situation der Stockwerkeigentümer)[92]; im Zweifel ist jedoch wegen des grösseren Minderheitenschutzes auf eine luxuriöse Massnahme zu erkennen. Vertraglich kann die Abgrenzung der luxuriösen von den nützlichen baulichen Massnahmen nicht abschliessend geregelt werden; immerhin gibt eine Aufzählung dessen, was die Stockwerkeigentümer selber für luxuriös halten, dem Richter im Streitfalle Entscheidungskriterien ab.

Die Beschlussfassung hinsichtlich der luxuriösen baulichen Massnahmen erfordert Einstimmigkeit.

2. Geht man wie hier[93] davon aus, dass gesetzlich die Einstimmigkeit aller Stockwerkeigentümer erforderlich ist, gibt es keine Möglichkeit der Erschwerung der Beschlussfassung mehr. Eine Verschärfung ist jedoch möglich, falls die Ansicht vertreten wird, es genüge bereits die Zustimmung aller anwesenden Stockwerkeigentümer[94]. Insbesondere kann aber von der Durchbrechung des Einstimmigkeitsprinzips in ZGB 647e II überhaupt abgesehen und das Einverständnis aller Stockwerkeigentümer in jedem Fall verlangt werden.

3. Ob eine Erleichterung der Beschlussfassung möglich ist, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet[95]. Der Zweck von ZGB 647e besteht m.E. darin, jedem Stockwerkeigentümer ein Vetorecht gegenüber solchen Massnahmen einzuräumen, bei denen der Aufwand nicht dem wirtschaftlichen Erfolg entspricht. Es handelt sich um eine gesetzgeberische Minderheitenschutzvorschrift, gemäss der dem einzelnen keine Aufwendungen aufgenötigt werden sollen, die nur mit persönlichen, nicht mit wirtschaftlichen Gründen zu rechtfertigen sind. Deshalb dürfte es unzulässig sein, vertraglich die Mehrheitsbeschlussfassung für luxuriöse Massnahmen einzuführen (mit Kostentragungspflichten für alle). Weil die künftigen Aufwendungen völlig unbestimmt sind, würde es sich um einen nicht bestimmbaren, unzulässigen Verzicht handeln. Somit besteht der nachgiebige Charakter von ZGB 647e I nur darin, die gesetzliche Variante von Abs. 2 zu wählen, wonach dann von der Einstimmigkeit abgewichen werden kann, wenn die zustimmenden Stockwerkeigentümer alle Kosten übernehmen (inklusive die späteren Unterhaltskosten).

ZGB 647e II verlangt die doppelte Mehrheit nach Personen und Anteilen; diese Anforderung ist m.E. zwingend[96]. Lehnt man eine solche Auslegung ab, könnte bei Geltung des Wertquotenstimmrechts der hauptbeteiligte Stockwerkeigentümer

92 K. Müller, 29.

93 Vgl. hinten § 22 IV A 1 a.

94 Meines Wissens ist zwar bisher in der Lehre noch nirgends die Ansicht vertreten worden, bei ZGB 647e I genüge die Mehrheit aller an der Versammlung anwesenden Stockwerkeigentümer. Hingegen würde sich die Frage bei der Beschlussfassung gemäss ZGB 647e II stellen. In Anlehnung an den Entscheid in den übrigen Sachfragen wird man wohl auch hier davon ausgehen müssen, dass die Mehrheit der Anwesenden genügt (vgl. hinten § 22 IV C 1; so auch Friedrich, § 26, N 5). Dafür, dass nicht bereits eine sehr minime Mehrheit ausreicht, sorgen wenigstens bis zu einem gewissen Grade die Beschlussfähigkeitsvorschriften.

95 Zulässig nach Meier-Hayoz, Art. 647e, N 4 und wohl auch Ch. Müller, 99; unzulässig nach Friedrich, § 26, N 5, Magnenat, 92 und Liver, SPR V/1, 104 f; offengelassen ist die Frage von Friedrich in SJK 1305, 6.

96 Die unterschiedliche Betrachtungsweise gegenüber demselben Quorum bei den nützlichen baulichen Massnahmen ist deshalb gerechtfertigt, weil zwischen den beiden Massnahmen ein struktureller Unterschied besteht: Eine luxuriöse Baute hat nur einen minimen Verkehrswert, weshalb die Aufwendungen nicht durch eine Steigerung der Wertquoten kompensiert werden.

gegen den Willen der Mehrheit luxuriöse Bauten erstellen und die anderen vom Gebrauch ausschliessen (z.B. Schwimmbad, Gartenpavillon); dadurch erlangt er aber ohne entsprechende Gebrauchsregelung ein faktisches ("unentziehbares") Sondernutzungsrecht, das die anderen vom gemeinschaftlichen Gebrauch ausschliesst. Überdies können solche Bauten zu einer Änderung des Charakters der Liegenschaft führen (mehr Leute, Unruhe)[97], die sich die Mehrheit der Stockwerkeigentümer nicht gefallen lassen muss.

4. Ein Stockwerkeigentümer, der sich gemäss ZGB 647e II nicht an den Kosten der luxuriösen baulichen Massnahme beteiligt, kann von deren Gebrauch ausgeschlossen werden. Einen späteren "Einkaufsanspruch", z.B. für den Sonderrechtsnachfolger, hat das Gesetz nicht vorgesehen; ein solcher ist jedoch vertraglich vereinbar[98]. Wird dies getan, so sollten auch die genaueren Konditionen festgelegt werden, insbesondere der Zeitpunkt der Entschädigungsbemessung (ursprünglicher Beitrag, momentaner Verkehrswert); im Streitfalle entscheidet der Richter. Auch wenn das Einkaufsrecht vertraglich nicht vorgesehen ist, besteht m.E. ein Kontrahierungszwang der Gemeinschaft[99]; zu begründen ist er mit der einem Gemeinschaftsverhältnis innewohnenden Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben[100].

5. Für den nicht zustimmenden Stockwerkeigentümer ergeben sich bei Anordnung und Durchführung luxuriöser Bauten folgende Rechte:

- Dauernde Beeinträchtigungen der Rechtsstellung eines Stockwerkeigentümers sind nur zulässig, wenn er ihnen zustimmt[101]; dieses Recht steht ihm zwingend zu. Mit der Zustimmung kann er unter Umständen auch Konditionen verbinden[102].
- Für vorübergehende Beeinträchtigungen hat der betroffene Stockwerkeigentümer Anspruch auf Ersatz in vollem Umfange[103]. Dieses Recht kann ihm vertraglich nicht entzogen werden, er kann aber auf dessen Durchsetzung verzichten.
- Die ablehnenden Stockwerkeigentümer dürfen keine Kosten treffen, auch nicht für den laufenden späteren Unterhalt. Deshalb kann für die Zahlungen nicht auf den Erneuerungsfonds gegriffen werden[104]. Diese Regelung ist vertraglich nicht wegbedingbar. Muss der betreffende Stockwerkeigentümer die neue Einrichtung mitbenützen und bringt sie ihm auch Vorteile, erscheint zwar die Verpflichtung zu einem kleinen Beitrag nicht als unzulässig.

97 Ob darin bereits eine übermässige Beeinträchtigung im Sinne von ZGB 647e II gesehen werden kann, ist zumindest fraglich.
98 Friedrich, § 26, N 9.
99 A.A. wohl Friedrich, § 26, N 9 sowie Michaud, 79.
100 Die Stockwerkeigentümer können den Erwerber einer Stockwerkeinheit aus wichtigem Grund ablehnen (ZGB 712c); liegt ein solcher nicht vor, soll sich dieser ganz in die Gemeinschaft integrieren können und nicht weiteren Sanktionen ausgesetzt sein.
101 Massgebend ist wiederum das Kriterium der Zumutbarkeit: Schneider, 148; a.A. Meier-Hayoz, Art. 647e, N 5, der jede, auch leichte Beeinträchtigung genügen lassen will. Der Unterschied, ob es sich um eine nützliche oder luxuriöse Massnahme handelt, kann m.E. bei der Wertung der Zumutbarkeit berücksichtigt werden.
102 Z.B. Pflanzung schützender Hecken um das Schwimmbad.
103 Meier-Hayoz, Art. 647e, N 6; Friedrich, § 26, N 6.
104 Michaud, 78.

IV Die Unterscheidung nach der Tragweite

A Die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen

1. Die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen sind "alle jene dem Zweck der Erhaltung und Verwaltung des gemeinsamen Gutes dienenden Verfügungen, die sich im gewöhnlichen Verlauf der Dinge als notwendig und zweckmässig erweisen, im wesentlichen den Interessen aller Miteigentümer dienen und keine besonderen Kosten erfordern"[105]. Ob es sich um eine gewöhnliche oder wichtigere Verwaltungsmassnahme handelt, entscheidet sich auf Grund der individuellen Verhältnisse und konkreten Umstände[106,107]. Durch eine vertragliche Umschreibung möglicher Anordnungen kann keine verbindliche Regelung für alle Stockwerkeigentümer getroffen werden, doch ersieht der Richter im Streitfall immerhin die Einstellung der Betroffenen.

In der Lehre ist umstritten, ob die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen immer notwendig sein müssen[108]. Die Frage ist m.E. zu verneinen: Dies ergibt sich einerseits schon aus der Umschreibung der gewöhnlichen Anordnungen, die "notwendig und zweckmässig"[109] sein können, anderseits aus der Tatsache, dass bei Bewirtschaftungsmassnahmen (auf sie bezieht sich der Begriff "zweckmässig") häufig kaum von Notwendigkeit (nimmt Bezug auf die Erhaltung der Sache) gesprochen werden kann. Praktisch wirkt sich die Unterscheidung nur dahingehend aus, dass gewöhnliche, nicht notwendige Massnahmen nicht vom Richter angeordnet werden können (ZGB 647 II 1)[110].

Auch bauliche Massnahmen, wenn sie bloss gewöhnlicher Art, also von geringer Tragweite sind (kleinere Reparaturen und Instandstellungsarbeiten), kann jeder Stockwerkeigentümer selbständig vornehmen[111].

2. Der einzelne Stockwerkeigentümer kann jedoch nur so lange allein handeln, als die Gemeinschaft nicht das Gegenteil bestimmt hat; die Zuständigkeit des einzelnen hinsichtlich der ganzen Sache für Massnahmen von geringer Tragweite, welche die Einzelkompetenz für dringliche Anordnungen gemäss ZGB 647 II 2 erweitert, ist also abhängig davon, dass nicht durch einfachen Mehrheitsbeschluss[112] die Zuständigkeit anders geordnet wird (ZGB 647a II).

105 Heinrich Klang, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 2. Aufl., Wien 1950, 1110; in diesem Sinne auch Meier-Hayoz, Art. 647a, N 7; Schneider, 101; K. Müller, 26.

106 Vgl. im einzelnen vorne § 17 II A und § 17 III B.

107 Beispiel-Katalog bei Meier-Hayoz, Art. 647a, N 8.

108 Bejahend Meier-Hayoz, Art. 647, N 45 und Art. 647a, N 4, gestützt auf eine Äusserung von Liver, ProtExpK I 1957, 5 f; verneinend Studer, 22; K. Müller, 25; Schneider, 102.

109 Noch deutlicher ist die Formulierung bei Meier-Hayoz, Art. 647a, N 8, der in der Einführung zum Beispiel-Katalog von Verwaltungshandlungen spricht, die "notwendig oder zweckmässig" sind.

110 Diese Auslegung ergibt sich auch aus ZGB 647a II, indem der Vorbehalt völlig überflüssig wäre, wenn der Bereich der notwendigen mit dem der gewöhnlichen übereinstimmen würde.

111 Meier-Hayoz, Art. 647a, N 5 und Art. 647c, N 5.

112 ZGB 647a II stellt insoweit einen Ausnahmefall dar, als es zur Abänderung der Zuständigkeitsordnung nicht wie gewöhnlich (ZGB 647 I, 712g II) eines einstimmigen Beschlusses bedarf.

Ist ein Verwalter bestellt, so geht seine Kompetenz – ohne besonderen Beschluss – derjenigen der Stockwerkeigentümer vor: Als besonderes Organ ist der Verwalter mit der ordentlichen Verwaltung betraut; mit der Einsetzung des Verwalters findet also eine – stillschweigende – gesetzliche Kompetenzübertragung statt, die den einzelnen Stockwerkeigentümer der Berechtigung zur Vornahme gewöhnlicher Verwaltungshandlungen beraubt[113].

3. Mit der Frage, inwieweit durch vertragliche Vereinbarungen an dieser gesetzlichen Ordnung Veränderungen vorgenommen werden können, hat sich meines Wissens die Lehre noch kaum befasst.

- Eine Ausdehnung der Einzelbefugnisse jedes Stockwerkeigentümers auch auf wichtigere Verwaltungshandlungen ist m.E. unzulässig[114]. Die Folgen (z.B. Einleitung eines Prozesses) können so erheblich sein, dass die andern Stockwerkeigentümer in ihrer wirtschaftlichen und persönlichen Freiheit (ZGB 27 II) allzustark beeinträchtigt würden. Zudem widerspricht eine so weitgehende Einzelbefugnis dem Wesen des Stockwerkeigentums als Gemeinschaftsverhältnis.
- Hingegen erscheint es als zulässig, vertraglich zu bestimmen, dass den Stockwerkeigentümern die Einzelbefugnisse hinsichtlich gewöhnlicher Verwaltungshandlungen nicht durch einen einfachen Mehrheitsbeschluss entzogen werden können. Wird jedoch ein Verwalter bestellt, so geht dessen Kompetenz auch bei einer solchen Regelung vor, weil ihm bei gleichzeitiger "Geschäftsführung" durch die Stockwerkeigentümer eine pflichtgemässe Aufgabenerfüllung nur schwer möglich wäre.
- Zulässig ist schliesslich, durch einen einstimmigen Beschluss eine qualifizierte Versammlungsmehrheit für die Anordnung gewöhnlicher Verwaltungshandlungen vorzusehen. In kleinen Gemeinschaften kann dies z.B. im Hinblick auf den Erlass einer Hausordnung sinnvoll sein. Die Einführung des Einstimmigkeitsprinzips findet, wie dargetan[115], ihre Grenze am Verbot des Rechtsmissbrauchs.

B Die wichtigeren Verwaltungshandlungen

1. Die wichtigeren Verwaltungshandlungen werden regelmässig nur negativ definiert: Es handelt sich weder um gewöhnliche noch um ausserordentliche, noch um irgendwelche bauliche Massnahmen[116]. Als Orientierungshilfe bringt ZGB 647b einige Beispiele. Mögliche allgemeine Kriterien sind etwa die Kosten der Massnahme, die Bedeutung ihrer Auswirkungen auf die Gebrauchs- und Nutzungsweise der Sache und ihre Aussergewöhnlichkeit[117].

Durch die negative Umschreibung des Begriffs der wichtigeren Verwaltungshandlungen ist bereits vorgezeichnet, dass der Kreis dieser Massnahmen nicht besonders

113 Meier-Hayoz, Art. 647a, N 6; K. Müller, 53, 121; Friedrich, SJK 1305, 2.
114 Es gilt Entsprechendes wie bei den nützlichen baulichen Massnahmen (vorne § 17 III C).
115 Vorne § 17 III B 2.
116 Meier-Hayoz, Art. 647b, N 4; Liver, Marxer, 172.
117 Schneider, 104; vgl. auch Magnenat, 75 f; ausgeschlossen ist eine Änderung der Zweckbestimmung (Liver, SPR V/1, 78 f).

umfangreich ist. Es handelt sich um den Restbestand, der nicht in den Kategorien der gewöhnlichen oder baulichen Massnahmen Platz gefunden hat. Vor allem von Bedeutung ist die Abgrenzung zu den letzteren: Unzweifelhaft gehören alle Verwaltungshandlungen und Massnahmen im Zusammenhang mit Unterhalt und Erneuerung von Bauten im Sinne von ZGB 667 II und 675 nicht in den Bereich von ZGB 647b; zudem ist eingehend nachgewiesen worden, dass die Anwendung der Regeln über die baulichen Massnahmen (ZGB 647c–e) auch im Hinblick auf Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten an Fahrnisgegenständen sinnvoll, zweckmässig und sachentsprechend ist[118]. In den Rahmen von ZGB 647b fallen demgemäss noch die eigentlichen Bewirtschaftungsmassnahmen, die nicht die Erhaltung der Sache im engeren Sinne (in bezug auf ihren körperlichen Zustand) betreffen. Dieser Betrachtungsweise entspricht im übrigen auch der Beispielkatalog von ZGB 647b weitgehend.

Trotz dieses relativ engen Anwendungsbereiches von ZGB 647b schafft die Übertragung dieser Bestimmung auf die Verhältnisse beim Stockwerkeigentum einige Probleme. Anhand der von Meier-Hayoz aufgezählten Beispiele[119] soll im folgenden versucht werden, Lösungsrichtlinien zu finden:

- Die Beteiligung an Bodenverbesserungen und die Aufbewahrung der gemeinschaftlichen Sache bei langfristigen Verhältnissen werden für Stockwerkeigentümerschaften praktisch kaum aktuell werden.
- Zweifellos eine wichtigere Verwaltungshandlung ist die Prozessführung; angesichts der oft grossen Risiken im Streitverfahren (z.B. umfangreicher Gewährleistungsprozess) erscheint das qualifizierte Mehrheitserfordernis für den Versammlungsbeschluss (ZGB 712t II) nicht als unangebracht; immerhin könnte sich fragen, ob die Stockwerkeigentümer nicht vertraglich (einstimmig) für den Fall, dass die Gemeinschaft Beklagte ist, die einfache Mehrheit genügen lassen wollen (um ein allfälliges peremptorisches Urteil zu vermeiden).Nicht als wichtigere Verwaltungshandlung kann die Stellung eines Rechtsöffnungsbegehrens in einer Betreibung[120] im Bereich des Stockwerkeigentums betrachtet werden, weil der Verwalter gemäss ZGB 712t II im summarischen Verfahren ohnehin keiner Ermächtigung der Versammlung bedarf und dieses Verfahren auch nicht sehr kostspielig ist.
- Der Erwerb von Betriebsmaterial (Rasenmäher, Schneeräummaschine) kann teuer sein, weshalb vor allem in kleineren Gemeinschaften eine qualifizierte Zustimmung nicht unzweckmässig ist, zumal ZGB 647b nicht die Ausnahmekautelen von ZGB 647d II und III (Zustimmungsbedürftigkeit unter bestimmten Voraussetzungen, Unzumutbarkeit der Kostenbeiträge) kennt. Es empfiehlt sich aber in dieser Situation, vertraglich einen bestimmten Betrag festzusetzen, von dem an die Mehrheitsanforderungen ändern; dieser Betrag kann den konkreten Verhältnissen angepasst werden[121].

118 Eingehend dazu vorne § 17 III A 2.

119 Meier-Hayoz, Art. 647b, N 5.

120 A.A. Appellationshof Bern, 29.2.1960, ZbJV 1961, 33 und Meier-Hayoz, Art. 647b, N 5 (wenn auch betr. Miteigentum).

121 Eine entsprechende Regelung hat auch das kantonale öffentliche Recht bei der Festlegung der Grenzen für fakultative oder obligatorische Finanzreferenden getroffen.

– Fraglich ist "die Bestellung eines Verwalters, dessen Zuständigkeit nicht auf gewöhnliche Verwaltungshandlungen beschränkt ist"[122]. Soweit es nur um die Wahl einer bestimmten Person in ein vorgegebenes "Amt" geht, ist ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis nicht gerechtfertigt, weil man die Frage, wer die entsprechenden Aufgaben übernimmt, nicht als besonders bedeutungsvoll bezeichnen kann[123]. Dasselbe gilt für die erstmalige Bestellung eines Verwalters, weil seine Zuständigkeit auf die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen im Sinne von ZGB 647a I beschränkt ist. Soll der Verwalter auf Grund des Willens der Stockwerkeigentümer auch wichtigere Massnahmen allein anordnen können, so bedarf es entgegen dem Anschein von ZGB 647b nicht nur einer qualifizierten Mehrheit, sondern der Einstimmigkeit, weil die gesetzliche Ordnung dadurch geändert wird (ZGB 712g II). Die Anwendung von ZGB 647b bleibt somit einzig auf den Fall beschränkt, dass ein Verwalter nur für eine bestimmte, konkret umschriebene, wichtigere Verwaltungshandlung bestellt wird.
– Es verbleiben nun noch verschiedene Bewirtschaftungs- bzw. Gebrauchsregelungen wie die Änderung der Kulturart und Benutzungsweise sowie der Abschluss und die Auflösung von Miet- und Pachtverträgen. Bei der ersten Gruppe von Massnahmen ist die Abgrenzung auch im Bereich des landwirtschaftlichen Miteigentums schwierig, indem ein regelmässiger Kulturwechsel noch eine gewöhnliche Verwaltungshandlung darstellt und eine grundlegende Zweckänderung schon der Einstimmigkeit bedarf (ZGB 648 II). Für das Stockwerkeigentum ist erst recht auf die qualifizierte Mehrheit zu verzichten, weil eine Zweckänderung entweder sehr beschränkt ist (z.B. Belegung einer Parterrewohnung mit einer Arztpraxis) oder einen erheblichen Umfang annimmt (z.B. Umwandlung eines Wohnhauses in ein Geschäftshaus) und damit die Einstimmigkeit voraussetzt. Wehrt sich ein Stockwerkeigentümer gegen eine beabsichtigte (mögliche) Änderung, so kann der Richter ebenfalls nur feststellen, ob diese mit der Zweckbestimmung der zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft vereinbar ist oder eben nicht[124]. Sachlich nicht gerechtfertigt ist – mangels einer entsprechend gewichtigen Bedeutung – auch das qualifizierte Mehrheitserfordernis für die Vermietung der gemeinschaftlichen Teile[125]: In einem solchen Fall könnte es nämlich vorkommen, dass mit einfacher Mehrheit ein Verwalter bestellt, eine Hausordnung erlassen, aber die Vermietung der Verwalterwohnung verweigert wird. Angesichts des klaren Wortlautes von ZGB 647b ist jedoch nicht gesichert, ob die Rechtsprechung in einem Streitfall den obigen Erwägungen folgen würde; es empfiehlt sich deshalb, vertraglich (einstimmig) zu vereinbaren, dass für die Ver-

122 ZGB 647b I a.E.; ausgerechnet dieses Beispiel findet sich im Katalog von Meier-Hayoz nicht; ob wohl – auch – ein gewisses Unbehagen mitgespielt haben mag? Eingehender zur Problematik (mit Literaturübersicht) hinten § 22 IV A 1 c und § 27 I B 1.

123 Weder die personelle noch ökonomische Minderheit bedarf des Schutzes der qualifizierten Mehrheit; falls z.B. das Wertquotenstimmrecht gilt und ein Stockwerkeigentümer über mehr als die Hälfte der Anteile verfügt, kann, wenn er immer Günstlinge von ihm wählt, sein Verhalten rechtsmissbräuchlich sein.

124 Liegt eine Zweckänderung vor, bedarf sie der Einstimmigkeit; ist keine gegeben, erscheint die gesetzliche Qualifizierung kaum gerechtfertigt (eine vertragliche bleibt zulässig).

125 So auch Friedrich, § 35, N 10.

mietung gemeinschaftlicher Stockwerkeinheiten nur die einfache Mehrheit erforderlich ist.

2. Wichtigere Verwaltungshandlungen werden mit der doppelten Mehrheit nach Personen und Anteilen beschlossen. Die Vorschrift ist jedoch dispositiv[126]; die Anforderungen können erleichtert oder erschwert werden, wobei dieselben Überlegungen wie bei den nützlichen baulichen Massnahmen gelten[127].

C Die ausserordentlichen Verwaltungshandlungen

Mit dem an sich nicht unproblematischen Begriff der ausserordentlichen Verwaltungshandlungen[128] wird die Möglichkeit der Veränderung der Zweckbestimmung gemäss ZGB 648 II umschrieben. Dabei geht es jedoch weniger um die Verwaltung als um den Gebrauch und die Nutzung der gemeinschaftlichen Sache, weshalb die sich stellenden Fragen bereits in anderem Zusammenhang erörtert worden sind.

§ 18 Die Verwaltungsordnung im deutschen Recht

I Überblick über die gesetzliche Regelung

Das deutsche Wohnungseigentumsrecht verweist im Gegensatz zum schweizerischen Stockwerkeigentum nicht auf das gewöhnliche Miteigentum (BGB 741 ff), sondern das WEG trifft eine eigene Regelung. Diese ist wesentlich einfacher überblickbar, damit aber auch weniger differenziert als das schweizerische Recht.

- Dem deutschen Wohnungseigentümer steht ebenfalls das Recht zu, ohne Zustimmung der Gemeinschaft diejenigen Massnahmen zu treffen, die zur Abwendung eines unmittelbar drohenden Schadens notwendig sind (WEG 21 II)[1].
- Dagegen fehlt ein Individualrecht auf Vornahme von gewöhnlichen Verwaltungshandlungen[2]; dies liegt darin begründet, dass nach deutschem Recht die Bestellung des Verwalters nicht ausgeschlossen werden kann (WEG 20 II) und der Verwalter im Rahmen seines Tätigkeitsbereiches (ordnungsmässige Verwaltung), wie er exemplarisch durch WEG 27 I und II aufgezählt ist, unabdingbare Kompetenzen hat (WEG 27 III). Immerhin ist an sich denkbar, dass de facto kein Verwalter eingesetzt wird; in einem solchen Fall handelt allein die Gemeinschaft (WEG 21 I), oder der Richter erlässt auf Begehren eines Wohnungseigentümers bestimmte Anordnungen (WEG 21 IV). Ebenso kennt das WEG keinen ausdrück-

126 Liver, SPR V/1, 105.
127 Vgl. vorne § 17 III C. Angesichts dieser Parallelität ist es erstaunlich, dass Liver (SPR V/1) die Erleichterung der Beschlussfassung bei den wichtigeren Verwaltungshandlungen zulässt (105), nicht aber bei den nützlichen Massnahmen (104).
128 Vgl. K. Müller, 27; Schneider, 73 f, Anm. 3.
1 Nachfolgend II.
2 Vgl. auch Bärmann/Pick, § 20, N 22.

lichen Anspruch auf Anordnung der notwendigen Verwaltungsmassnahmen gegenüber der Versammlung, subsidiär gegenüber dem Richter; hingegen kann jeder Wohnungseigentümer durch Begehren beim Richter eine Verwaltung verlangen, "die den Vereinbarungen und Beschlüssen und, soweit solche nicht bestehen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht" (WEG 21 IV); durch diesen Individualanspruch wird teilweise auch das fehlende Recht auf Vornahme gewöhnlicher Verwaltungshandlungen kompensiert.

– Das WEG verwendet das Kriterium des Sachnutzens von Massnahmen nicht, sondern nur das der Tragweite, wobei zwischen den gewöhnlichen Verwaltungshandlungen und den besonderen Aufwendungen unterschieden wird (WEG 21, 22). Zu diesem Verzicht kommt also hinzu, dass im WEG nicht eine Dreiteilung (gewöhnlich/wichtiger/ausserordentlich), sondern nur eine Zweiteilung vorgesehen ist (ordnungsmässige Verwaltungshandlungen/besondere Aufwendungen). Dies führt dazu, dass die Abgrenzung von sehr grosser Bedeutung ist, weil dann, wenn der Zuständigkeitsbereich der einfachen Mehrheit überschritten ist, die Anordnung der fraglichen Massnahme gleich der Einstimmigkeit bedarf[3].

II Das Recht auf selbständiges Handeln des einzelnen

Weil dem Verwalter zwingende Befugnisse zustehen (vgl. WEG 27 III), ist es nicht möglich, dass jeder Wohnungseigentümer eigenmächtige Verwaltungshandlungen in bezug auf die Verwaltung und das gemeinschaftliche Eigentum vornehmen kann. Um die gesetzliche Zuständigkeitsordnung nicht zu untergraben, soll dem einzelnen nur ein Minimum an selbständig ausübbaren Befugnissen zukommen. Im Gegensatz zum gewöhnlichen Miteigentum (BGB 744 II) darf deshalb der einzelne nicht die zur Erhaltung des Gegenstandes notwendigen Massnahmen ergreifen, sondern lediglich die zur Abwendung drohender Schäden erforderlichen (WEG 21 II). Die Dringlichkeit des Eingreifens und die Vornahme der Massnahmen beurteilen sich dabei nach einem objektivierten Massstab. In dringenden Fällen kann ein Wohnungseigentümer auch Ansprüche aus dem alle betreffenden Eigentum Dritten gegenüber geltend machen (z.B. Herausgabeanspruch)[4]. Hingegen ist er nicht berechtigt, hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums den Minderungsanspruch gegen den Verkäufer allein ohne Mehrheitsbeschluss einzuklagen[5]. Sofern das Handeln auf eigene Faust im Sinne von WEG 21 II geboten ist, wird die Gemeinschaft für die Aufwendungen kostenpflichtig (WEG 16 II). Ist die Vornahme der entsprechenden Handlungen zwar nicht dringlich, aber doch wenigstens notwendig gewesen, kann der Handelnde die Gemeinschaft auf Grund der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung belangen[6].

3 Nachfolgend III.
4 Bärmann/Pick, § 21, N 17; Soergel/Baur, § 21, N 2.
5 So KG, 3.10.1975, NJW 1976, 522 und dort zitierte weitere Rechtsprechung; teilweise kritisch (betr. Nachbesserungsanspruch) Anm. Brych, NJW 1976, 1097; a.A. OLG Köln, 14.8. 1968, NJW 1968, 2063 f.
6 Eingehend Bärmann/Pick, § 21, N 24.

Weil das WEG die Zulässigkeit des eigenmächtigen Handelns dort einschränkt, wo es nicht dringlich ist, damit die unabdingbare Kompetenzausscheidung zugunsten des Verwalters nicht illusorisch wird, geht die Lehre übereinstimmend davon aus, dass die Voraussetzungen insbesondere dann gegeben sind, wenn ein Verwalter nicht vorhanden oder erreichbar ist oder wenn die Dringlichkeit der Massnahme das zeitraubende Manöver der Einberufung einer Versammlung nicht duldet[7]. Daraus ergibt sich, dass die Wohnungseigentümer bei Vorhandensein eines Verwalters – entsprechend der schweizerischen Regelung[8] – verfahrensmässig zuerst den Verwalter informieren müssen, wenn dies möglich ist und er erreicht werden kann, und lediglich hernach selbständig tätig werden dürfen; vorbehalten bleiben natürlich Fälle, in denen eine vorherige Orientierung des Verwalters unsinnig oder gar schadenfördernd wäre (z.B. hinsichtlich der Alarmierung der Feuerwehr bei Brand oder Wasserschaden).

Aus dem Wesen des Individualanspruches von WEG 21 II folgt m.E., dass dieser dem einzelnen vertraglich nicht entzogen werden kann; dies ergibt sich zwar weder direkt aus dem Gesetzeswortlaut, noch äussern sich die Kommentatoren dazu, doch kann es nicht in der Macht der Wohnungseigentümer liegen, das elementarste Recht (Abwendung der Gefahr drohenden Schadens) der Minderheit gegenüber der Mehrheit aufzuheben.

III Die Unterscheidung nach der Tragweite der Verwaltungshandlungen

A Die ordnungsmässigen Instandhaltungs- und Instandsetzungsmassnahmen

1. Gemäss WEG 22 I bedürfen bauliche Veränderungen und Aufwendungen, die über die ordnungsmässige Instandhaltung oder Instandsetzung hinausgehen, der Einstimmigkeit. Obwohl an sich bei einer – auch qualifizierten – Miteigentumsgemeinschaft systematisch von der Einstimmigkeit auszugehen ist, hat das WEG also nicht einzelne Ausnahmen von diesem Prinzip statuiert, sondern einen ganzen "Block" herausgenommen und der Mehrheitsbeschlussfassung unterstellt (WEG 21 III). Was jedoch unter einer ordnungsmässigen Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums[9] zu verstehen ist, lässt sich nicht generell sagen; der Begriff ist auslegungsbedürftig und deshalb auch von den Anschauungen der Zeit abhängig. Dass Lehre und Rechtsprechung dazu neigen, angesichts des erschwerenden Einstimmigkeitserfordernisses bei besonderen Aufwendungen den Bereich der ordnungsmässigen Verwaltung nicht allzu eng zu fassen (z.B. Mitumfassung von unter dem Gesichtspunkt der Rentabilität zweckmässigen Bewirtschaftungsmassnahmen[10]), ist

7 Weitnauer/Wirths, § 21, N 4; Bärmann/Pick, § 21, N 18.

8 Vorne § 17 II B.

9 Vor allem im Hinblick auf die Gewährleistungsansprüche ist das gemeinschaftliche Eigentum streng vom Sondereigentum zu trennen (vgl. BayObLG, 21.2.1973, MDR 1973, 584).

10 Vgl. Staudinger/Berg, § 994, N 7 und vorne § 17 II A zur restriktiveren schweizerischen Betrachtungsweise.

verständlich; dabei darf jedoch nicht aus den Augen verloren werden, dass – auf Grund der Struktur des Miteigentums – im Zweifel, wenn nicht eindeutig festgestellt werden kann, ob eine Verwaltungshandlung tatsächlich keine besondere Aufwendung darstellt, insbesondere also in Grenzfällen oder bei lückenhafter Fassung von Vereinbarungen, der Mehrheitsbeschluss nicht als genügend betrachtet werden kann[11].

Obwohl an sich die Unterscheidung in ordnungsmässige und besondere (nicht ordnungsmässige) Massnahmen nach deren Tragweite fragt, werden die Kriterien des Sachnutzens teilweise als Hilfskriterien beigezogen. Auch das deutsche Besitzesrecht kennt die Unterscheidung in notwendige, nützliche und willkürliche (luxuriöse) Aufwendungen (BGB 994 ff):

- Im Hinblick auf das Wohnungseigentum können Aufwendungen, die gemacht werden zur Vermeidung der Zerstörung oder des Verfalls bzw. der Verschlechterung des Gebäudes (ohne die es nicht erhalten werden könnte), als notwendig bezeichnet werden.
- Nützlich sind Aufwendungen, die, ohne unentbehrlich zu sein, dem Nutzen der Wohnungseigentümergemeinschaft am Gebäude dienen, es also z.B. gebrauchsfähiger machen.
- Aufwendungen, die nur zur Ausschmückung und Belebung sowie zur ausschliesslichen Nützlichkeit dessen, der sie durchführt, beitragen, sind willkürlich[12].

Bei der konkreten Übertragung dieser drei Begriffe auf das zweiteilige Abstimmungsmodell zeigt sich jedoch schnell, dass diese Kriterien nicht sehr viel weiterhelfen. Während notwendige Massnahmen ebenso klar innerhalb des Rahmens der ordnungsmässigen Verwaltung liegen wie die luxuriösen ausserhalb, ergeben sich die Zweifelsfragen bei den nützlichen Massnahmen. Pick[13] unterscheidet dabei etwa zwischen den nicht unbedingt notwendigen und den rein nützlichen oder vorteilhaften Anordnungen (z.B. Modernisierung der Waschküche oder des Lifts); auch diese Abgrenzung bleibt jedoch sehr vage.

Was im Einzelfall somit unter die Generalklausel (WEG 21 III) der ordnungsmässigen Instandhaltung und Instandsetzung fällt, bleibt deshalb der konkreten richterlichen Entscheidung vorbehalten[14]. Als Orientierungshilfe hat das Gesetz in WEG 21 V immerhin einige Beispiele gegeben, was nach den gesetzgeberischen Intentionen als ordnungsmässige Verwaltung aufzufassen sei[15]. Die Aufzählung (sechs Punkte) ist aber weder abschliessend noch als Minimum zwingend: Die Wohnungseigentümer können vertraglich weitere Verwaltungsaufgaben anfügen oder einzelne gesetzlich erwähnte weglassen[16]. Ob die Gestaltungsfreiheit der Wohnungseigentümer unbeschränkt ist, ob sie also auch eindeutig besondere Aufwendungen der Mehrheitsbeschlussfassung von WEG 21 unterstellen können, hängt von der Abdingbarkeit von WEG 22 ab[17].

11 Bärmann/Pick, § 21, N 8.
12 Vgl. dazu die Kommentatoren zu BGB 994 sowie Bärmann/Pick, § 16, N 77 ff.
13 Bärmann/Pick, § 21, N 52.
14 Im Gegensatz zu Weitnauer/Wirths, § 21, N 7 und in Übereinstimmung mit Pick, NJW 1972, 1741 f kann man nicht nur von einer Tatfrage sprechen.
15 Im einzelnen ausführlich Bärmann/Pick, § 21, N 76 ff; Weitnauer/Wirths, § 21, N 14 ff; Soergel/Baur, § 21, N 6 ff.
16 Bärmann/Pick, § 21, N 75; Weitnauer/Wirths, § 21, N 13.
17 Dazu hinten § 18 III B 4.

Im einzelnen können etwa folgende Verwaltungshandlungen als ordnungsmässig bezeichnet werden[18]:

- Art und Weise der Nutzung der gemeinschaftlichen Sachen, Anlagen, Einrichtungen und Dienste;
- nicht übermässig kostspielige Instandhaltungs- und Instandstellungsarbeiten an den gemeinschaftlichen Teilen[19], wobei sie jedoch keinesfalls, auch wenn es sich um billige Massnahmen handelt, die Zweckbestimmung ändern dürfen[20];
- Massnahmen rechtlicher Art, z.B. Ersatzansprüche gegenüber Dritten wegen Schädigung des gemeinschaftlichen Eigentums[21] oder Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum[22];
- Zustimmungserklärungen zu Handlungen eines Wohnungseigentümers, die auch die Interessen der gemeinschaftlichen Teile berühren;
- Regelung der Beiträge der einzelnen[23];
- technische Umrüstung einer Fernsehantenne, um das 2. und 3. Programm zu empfangen[24];
- ausserordentliche, wenn auch ordnungsmässige Instandsetzungsarbeiten[25];
- Beschlussfassung über Art und Weise der Durchführung eines beschlossenen oder vereinbarten Wiederaufbaues;
- Versicherung des Gebäudes;
- Bestellung, Abberufung, Besoldung des Verwalters, des Beirates, des Hausmeisters; Bestimmung des Inhalts des Vertrages mit ihnen;
- Verlangen auf Rechnungslegung durch den Verwalter;
- Genehmigung der Abrechnung des Verwalters, Beschluss über den etwaigen Überschuss der Jahresrechnung oder Erträgnisse an den gemeinschaftlichen Sachen;
- Genehmigung des Wirtschaftsplanes für die laufenden Unkosten;
- Erteilung besonderer Vollmachten für den Verwalter;
- Schlichtung von Streitigkeiten zwischen dem Verwalter und einem Wohnungseigentümer;
- Beschlussfassung über die Führung eines Prozesses;
- Erlass einer Hausordnung[26].

2. WEG 21 mit dem Erfordernis des einfachen Mehrheitsbeschlusses ist nicht zwingender Natur; durch einstimmige Vereinbarung kann die Beschlussfassung erleichtert oder erschwert werden[27]. Angesichts der erheblichen und allenfalls folgenschweren Befugnisse aus WEG 21 sollte jedoch mit der Verleihung von Einzelrechten dort, wo es sich nicht als notwendig erweist (z.B. kleinere Gemeinschaften), Zurückhaltung geübt werden. Die Zulässigkeit der Erschwerung bis zur Einstimmigkeit ist an sich nicht begrenzt, soweit die Regelung nicht rechtsmissbräuchlich ist und sich im Rahmen von Treu und Glauben hält[28].

18 Vgl. auch Bärmann/Pick, § 21, N 36 ff; Soergel/Baur, § 21, N 3 f.
19 Weitnauer/Wirths, § 21, N 7.
20 Dies ist z.B. dann der Fall, wenn ein Teil der Rasenfläche in Abstellplätze für Autos umgewandelt wird (OLG Stuttgart, 26.5.1961, NJW 1961, 1360 f).
21 OLG Köln, 14.8.1968, NJW 1968, 2063 f.
22 Weitnauer/Wirths, § 21, N 7a; BayObLG, 21.2.1973, MDR 1973, 584; a.A. OLG Köln (Anm. 21).
23 Weitnauer/Wirths, § 21, N 7c.
24 AG Starnberg, 10.3.1970, MDR 1970, 679 f; a.A. noch AG Wiesbaden, 10.9.1965, MDR 1967, 126 f.
25 Vgl. Soergel/Baur, § 21, N 3; Staudinger/Ring, § 22, N 3 (Anpassung an die moderne Entwicklung, z.B. Zentral- statt Ofenheizung).
26 Betrachtet man die Beispiele im Überblick (auch vergleichsweise zur schweizerischen Regelung), so fällt auf, dass in Fragen der baulichen Massnahmen eher ein strengerer Massstab angelegt wird als bei den Bewirtschaftungsmassnahmen.
27 Bärmann/Pick, § 21, N 34; Weitnauer/Wirths, § 21, N 3.
28 Es gilt dasselbe wie im schweizerischen Recht (vorne § 17 III B 2).

B Die besonderen Aufwendungen

1. WEG 22 I legt die Abgrenzung zu WEG 21 dahin fest, dass bauliche Veränderungen jeder Art und Aufwendungen, die über die ordnungsmässige Instandhaltung und Instandsetzung hinausgehen, nicht mehr mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen und nicht von einem einzelnen Wohnungseigentümer verlangt werden können. Bei den baulichen Veränderungen, die immerhin wesentlich sein müssen, liegt wohl die Betonung mehr auf dem ändernden Charakter als auf der Besonderheit oder Aufwendigkeit der Massnahme[29]; sicher ist jedenfalls, dass auch Anordnungen im Sinne von WEG 22 I noch im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmässigen Verwaltung liegen können[30]. Die ordnungsmässige Instandhaltung und Instandsetzung umfasst im wesentlichen nur die Erhaltung und Wiederherstellung des ursprünglichen (ordnungsmässigen) Zustandes, zumal ja – auf Grund der Struktur des auf die Gemeinschaftlichkeit ausgerichteten Miteigentums – die Ausnahmevorschriften von WEG 21 III und V eng auszulegen sind und im Zweifel auf Einstimmigkeit zu erkennen ist.

Ausserhalb der ordnungsmässigen Verwaltung[31] liegen etwa[32]:

- vorzeitige, wirtschaftlich noch unnötige Instandhaltung;
- über die Notwendigkeit zur Erhaltung hinausgehende Massnahmen, auch wenn sie den Gebrauchswert erhöhen (z.B. Erstellung einer Garage);
- über die notwendige Instandsetzung hinausgehende Massnahmen (z.B. Anlegung eines Dachgartens, Marmorverkleidung des Treppenhauses, Teppichläufer, Parkettböden);
- Veränderungen an unbebauten Grundstücksteilen, z.B.
  - = Aufstellung fest verankerter Fertiggaragen in geschlossener Reihe auf einem freien Platz, der bisher allen Wohnungseigentümern als Abstellplatz zur Verfügung stand[33];
  - = Betonieren der Zufahrt zu einer Garage[34], nicht aber Pflasterung eines Hofes, der bei Regen sonst unbenutzbar würde[35];
  - = Umwandlung eines Teils der Grünfläche in Abstellplätze für Autos[36];
  - = Veränderung einer Böschungsstützmauer[37];

29 In der Literatur ist umstritten, ob der Relativsatz "die über die ordnungsmässige Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums hinausgehen" sich nur auf die "Aufwendungen" oder auch auf die "baulichen Veränderungen" bezieht (im letzteren Sinne Weitnauer/Wirths, § 22, N 1 mit der herrschenden Lehre; a.A. Pick, NJW 1972, 1742). Die Auseinandersetzung ist wohl kaum mehr als theoretischer Natur, weil eine bauliche Veränderung, legt man diese im Sinne von WEG 22 I aus, regelmässig über die ordnungsmässige Verwaltung, die weniger umfassend ist als die zweckmässige (diesbezüglich unrichtig Weitnauer/Wirths, § 22, N 1), hinausgeht.

30 KG, 31.8.1967, NJW 1968, 160 f; Bärmann/Pick, § 22, N 2.

31 Vgl. die Beispiele vorne III A.

32 Bärmann/Pick, § 13, N 75 und § 22, N 3 ff; Weitnauer/Wirths, § 22, N 2; Soergel/Baur, § 22, N 2; vgl. auch Egon Schwarz, Bauliche Veränderungen im Wohnungseigentum, Der Wohnungseigentümer 1972, 10 ff.

33 KG, 31.8.1967, NJW 1968, 160 f.

34 OLG Celle, 7.6.1967, MDR 1968, 48 f.

35 Bärmann/Pick, § 22, N 6.

36 OLG Stuttgart, 26.5.1961, NJW 1961, 1359 f.

37 OLG Karlsruhe, 12.1.1978, MDR 1978, 495 f.

- jede grundsätzliche Neuerung, z.B. Einbau eines Liftes, Aufstockungen, Anlegung neuer Keller oder Balkone, Mauerdurchbrüche[38], Terrassenüberdeckungen[39], Erstellung von Garagen, Lagerhallen, Werkstätten u.a.;
- neue besondere Aufwendungen wie Anstellung eines Hausmeisters, eines Nachtwächters, einer Putzfrau;
- Veränderungen des Sondereigentums, die in das gemeinschaftliche Eigentum eingreifen.

2. Angesichts der Unauflöslichkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft (WEG 11) ist das Erfordernis der Einstimmigkeit relativ neuerungsfeindlich, weil ein Querulant die ganze Gemeinschaft lähmen kann auch dort, wo er selber nicht sonderlich betroffen ist. Deshalb bestimmt WEG 22 I Satz 2, dass die Zustimmung eines Wohnungseigentümers zu baulichen Veränderungen insoweit nicht erforderlich ist, als bei deren Anordnung seine Rechte nicht über das in WEG 14 bestimmte Mass hinaus beeinträchtigt werden. Dogmatisch-systematisch kann man diesen Verweis auf WEG 14 zwar nicht als unproblematisch bezeichnen, weil in dieser Bestimmung in Ziff. 1 vom Gebrauch und der Instandhaltungspflicht und in Ziff. 3 von der Duldung des Gebrauchs die Rede ist, weshalb als gesetzliche Grundlage nur Ziff. 4 (Betreten der eigenen Wohnung) in einer extensiven Auslegung (Duldung auch baulicher Veränderungen) in Frage kommt; begrenzt wird dabei die zulässige Einschränkung durch den ordnungsmässigen Gebrauch (WEG 14 3), wonach dem einzelnen erlaubt ist, was nicht über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Mass hinaus den anderen Wohnungseigentümern Nachteile bringt[40]. Abzustellen ist deshalb im wesentlichen auf den Bestimmungszweck der Liegenschaft[41].

Umstritten ist in der Literatur, ob ein Mehrheitsbeschluss zur Anordnung solcher Massnahmen nötig sei oder nicht, ob also bauliche Veränderungen auch von einer Minderheit angeordnet werden können[42]. Auf Grund des Gesetzeswortlautes muss angenommen werden, dass die nicht Betroffenen durch WEG 22 I 2 von der Stimmabgabe überhaupt ausgeschlossen sind, unter den geforderten Voraussetzungen die nicht betroffenen Wohnungseigentümer also nicht gefragt zu werden brauchen (auch wenn es sich dabei um die Mehrheit handelt), währenddem die Betroffenen alle zustimmen müssen.

Angesichts dieser Rechtslage dürfen nicht allzu hohe Anforderungen an die Duldungspflicht gestellt werden, weil sonst die Gefahr besteht, dass ein einzelner Wohnungseigentümer – wenn auch auf eigene Kosten – erhebliche bauliche Veränderungen vornimmt (z.B. Aufstockung des Gebäudes[43]) mit der Begründung, die andern würden dadurch nicht weiter beeinträchtigt. Zu Recht ist deshalb das

38 BayObLG, 19.8.1971, MDR 1972, 52 f.

39 OLG Stuttgart, 23.9.1969, NJW 1970, 102 f; anders hinsichtlich der Erstellung einer Terrasse mit Plattenbelag auf einem mit Sondernutzungsrecht ausgeschiedenen Gartenteil das BayObLG, 14.5.1975, MDR 1975, 844.

40 Vgl. auch Bärmann/Pick, § 22, N 61; HansOLG Hamburg, 27.7.1976, MDR 1977, 230 f.

41 Dazu vorne § 12 III.

42 Bejaht wird das Recht der Minderheit zur Anordnung entsprechender Massnahmen von Bärmann/Pick, § 22, N 70; Weitnauer/Wirths, § 22, N 3; Palandt/Bassenge, § 22, N 1b; Erman/Westermann, § 22, N 1; Diester, Rechtsfragen, N 225; dagegen verneinen das KG, 31.8.1967, NJW 1968, 160 f und 19.6.1969, NJW 1969, 2205 f und Soergel/Baur, § 22, N 3 dieses Recht der Minderheit; das BayObLG hat die Frage bisher offengelassen (zitiert bei Diester, Rechtsfragen, N 225, Anm. 23).

43 Im einzelnen hinten § 19 I.

BayObLG[44] davon ausgegangen, dass bauliche Veränderungen nur zu dulden sind, wenn sie sich für das gedeihliche Zusammenleben als erforderlich erweisen. Neueinrichtungen (z.B. Zentralheizungen, Kühlanlagen, Lift) beeinträchtigen normalerweise über das Mass von WEG 14 hinaus; insbesondere haben die Wohnungseigentümer nicht die Anbringung neuer Durchgangsleitungen in ihren Einheiten zu dulden[45]. Problematisch ist es, wenn der Gebrauch der gemeinschaftlichen Teile dauernd beeinträchtigt wird: Zu Recht hegen das OLG Stuttgart[46] und Pick[47] Bedenken gegen die Erstellung von Autoeinstellplätzen, wenn die Benutzung dieser Plätze nur denjenigen gestattet sein soll, die an die Kosten für diese Anlage beitragen, nicht aber im Turnus allen Wohnungseigentümern, weil dadurch einigen Wohnungseigentümern ein Sondernutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum eingeräumt würde[48]. Die Entbehrlichkeit der Zustimmung gemäss WEG 22 I 2 betrifft jedenfalls nur das gemeinschaftliche Eigentum; für Eingriffe in das Sondereigentum bedarf es immer der Zustimmung des Betroffenen.

3. Wer gegen die Änderungen im Sinne von WEG 22 I gestimmt hat, sie aber dulden muss, braucht die damit verbundenen Kosten nicht mitzutragen (WEG 16 III), sogar wenn die Veränderung für ihn vorteilhaft ist[49]; dies gilt für die einmaligen wie für die wiederkehrenden Leistungen. Ein nachträglicher Mehrheitsbeschluss mit Verpflichtungen zu Kostenbeiträgen ist unzulässig; ebenso dürfen spätere laufende Unterhaltsausgaben nicht aus der gemeinschaftlichen Instandhaltungsrücklage gedeckt werden, weil der Ablehnende diesfalls beteiligt wäre[50]. Ein späteres Beitrittsrecht sieht das Gesetz nicht vor, doch kann es vertraglich vereinbart werden, wobei auf Grund der Struktur der "Untergemeinschaft" ein einstimmiger Beschluss notwendig ist; das Beitrittsgesuch eines Wohnungseigentümers darf aber m.E. nur verweigert werden, wenn ein wichtiger Grund dazu vorliegt[51].

Entsprechend der fehlenden Kostentragungspflicht nimmt der betroffene Wohnungseigentümer auch nicht an den Nutzungen teil (WEG 16 III); dies ist jedoch praktisch nur durchführbar, wo die neue Nutzung abtrennbar ist. Kann der Betroffene sich der Nutzung nicht entziehen, ist es gerechtfertigt, wenn er auch Beiträge für die laufenden Kosten leistet: Immerhin müssen die Beiträge im Verhältnis zu dem aus der Nutzung an der Veränderung gewonnenen Vorteil stehen (Bereicherungsgrundsatz)[52]. Ebenso nimmt der Ablehnende bei Aufhebung des Wohnungseigentums am Wertzuwachs nicht verhältnismässig teil (WEG 17 II).

44 BayObLG, 19.8.1971, MDR 1972, 52 f.

45 Hingegen stellt der Ausbau einer Gemeinschaftsantenne mit grösserem Empfangsbereich keine unzumutbare Beeinträchtigung dar (AG Wiesbaden, 10.9.1965, MDR 1967, 126 f).

46 OLG Stuttgart, 26.5.1961, NJW 1961, 1359 f.

47 Bärmann/Pick, § 22, N 63.

48 Hingegen hat das OLG Hamm (zitiert bei Werner Merle, Das Verfahren nach § 43 WEG, in: Entwicklung und Reform des Wohnungseigentums, 32) entschieden, dass ein Wohnungseigentümer, der eine Unterkellerung von 4 x 4,4 m (statt wie zulässig 3 x 6,5 m) vornimmt, diese nicht wieder entfernen muss (Duldungspflicht des betroffenen Wohnungseigentümers).

49 Bärmann/Pick, § 16, N 67, 189 f; Weitnauer/Wirths, § 22, N 4.

50 AG Wiesbaden, 10.9.1965, MDR 1967, 126 f.

51 Zur Begründung vorne § 17 III D 4; a.A. Bärmann/Pick, § 22, N 77 (ohne Begründung); offengelassen ist die Frage bei dem nur in den Leitsätzen abgedruckten Entscheid des AG Wiesbaden (Anm. 50).

52 Bärmann/Pick, § 22, N 74; Weitnauer/Wirths, § 22, N 4.

4. Nach unumstrittener Lehre ist WEG 22 I nicht zwingender Natur; es besteht somit Vertragsfreiheit[53].

Eine Erschwerung der Beschlussfassung ist beim Einstimmigkeitsprinzip nicht mehr möglich. Hingegen erscheint es als zulässig, dass die Wohnungseigentümer die Aufhebung der Ausnahmevorschrift von WEG 22 I 2 vereinbaren, dass also die Zustimmung aller Mitglieder der Gemeinschaft auch dann nötig ist, wenn keine wesentliche Beeinträchtigung eines einzelnen vorliegt; durch eine solche Erschwerung werden die Rechte der Minderheit nur gestärkt, nicht geschwächt.

Auch einer Erleichterung der Beschlussfassung stehen keine Hindernisse im Wege: Es kann sowohl die einfache wie eine qualifizierte Mehrheit (nach Personen oder Anteilen) als ausreichend vereinbart werden (durch einstimmigen Beschluss). Weil das Gesetz im Gegensatz zum schweizerischen Recht kein differenziertes Mehrheitssystem, sondern nur eine Zweiteilung kennt, ist es in vielen Fällen sinnvoll, vertraglich für bestimmte Aufgabenbereiche eine angepasste Lösung zu treffen. Dies mildert auch die Gefahr, dass der Begriff der ordnungsmässigen Verwaltung aus Zweckmässigkeitsgründen überspannt oder das Ausmass der zulässigen Beeinträchtigung im Sinne von WEG 22 I 2 stark ausgedehnt wird. Immerhin darf nicht aus den Augen verloren werden, dass mit der Abschaffung des Vetorechts und der Einführung des Mehrheitsbeschlusses auch die überstimmte Minderheit gebunden, also kostenpflichtig ist, soweit sie sich davon nicht durch den Nachweis der übermässigen Beeinträchtigung (WEG 22 I 2, 16 III) befreien kann. Es ist deshalb nicht nur unzweckmässig, sondern in der generellen Form m.E. trotz der grundsätzlich geltenden Vertragsfreiheit rechtsmissbräuchlich, wenn für alle (auch die teuersten) baulichen Veränderungen und ausserordentlichen Aufwendungen die einfache Stimmenmehrheit als genügend erklärt wird[54]. Vielmehr dürfte es richtig sein, die Zuständigkeit nach dem Ausmass der betreffenden Anordnungen abzugrenzen; so ist es z.B. denkbar, je nach dem finanziellen Aufwand verschiedene qualifizierte Mehrheiten vorzusehen.

§ 19 Sonderfragen

I Das Aufstockungsrecht

1. Der Eigentümer des obersten Stockwerkes hat nach CCit 1127 die Befugnis, weitere Stockwerke aufzubauen, wenn dies ohne ästhetische und statische Beeinträchtigung des Gebäudes geschehen kann und er einen Wertausgleichsbetrag an die anderen Stockwerkeigentümer entrichtet. Eine entsprechende Bestimmung enthalten weder das schweizerische noch das deutsche Recht; insbesondere ist die Auf-

53 BGH, 21.5.1970, MDR 1970, 753 f; KG, 19.6.1969, NJW 1969, 2205 f; Bärmann/Pick, § 22, N 14; Weitnauer/Wirths, § 22, N 1.

54 Die Zustimmung des einzelnen Wohnungseigentümers darf nicht überbewertet werden, weil sie überwiegend als Genehmigung der vorformulierten Teilungserklärung erfolgt; in einer generellen Form handelt es sich dabei um eine zu starke Beschränkung der wirtschaftlichen Persönlichkeit.

stockung als Begründungsart nicht vorgesehen. Dennoch ist die Einräumung dieses Rechts nicht ausgeschlossen.

Der schweizerische Gesetzgeber hat sich mit dieser Frage befasst und festgestellt, dass es sich beim Aufstockungsrecht um eine nützliche bauliche Massnahme handelt, die der qualifizierten Mehrheit nach Köpfen und Anteilen bedarf[1], die Literatur ist dieser Ansicht gefolgt[2]. Diese Rechtslage ergibt sich immerhin nicht selbstverständlich aus den allgemeinen Grundsätzen, geht es doch bei der Aufstockung um eine Massnahme, die sich nur für den sie Beantragenden als nützlich erweist, somit eigentlich um eine luxuriöse Massnahme. Die Rechtfertigung der gesetzgeberischen Lösung ist darin zu sehen, dass die Aufstockung einen baulichen Sonderfall darstellt. Überdies ist ein nicht zustimmender Stockwerkeigentümer auf Grund von ZGB 647d II vor einer Überbelastung geschützt.

Nach deutschem Recht ist die Aufstockung zweifelsohne eine bauliche Veränderung, die der Zustimmung aller bedarf (WEG 22 I); zwar wäre es an sich denkbar, dass die Einwilligung einzelner Wohnungseigentümer entbehrlich wäre, weil sie nicht über das in WEG 14 bestimmte Mass hinaus beeinträchtigt würden, doch geschieht normalerweise die Inanspruchnahme des gemeinsamen Eigentums durch die Aufstockung in einer solchen Weise, dass dadurch den andern ein Nachteil erwächst[3]. Als Ausnahmen, bei denen keine Beeinträchtigung vorliegt, wären denkbar:

- Das Gebäude ist baulich für die Aufstockung bereits vorbereitet.
- Der Dachstock wird ausgebaut ohne Beeinträchtigung gemeinschaftlicher Räume (Trockenraum) oder Räumen anderer Wohnungseigentümer (Mansarden) und ohne ernstliche Störung der gemeinschaftlichen Teile.
- Auf ein einstöckiges Nebengebäude mit eigenem Zugang wird ohne Beeinträchtigung der sonstigen Einrichtungen (Treppe) und der Stabilität sowie des ästhetischen Aussehens aufgebaut.

2. Um eine möglichst grosse Klarheit zu erreichen, können die Stockwerkeigentümer die sich im Zusammenhang mit der Aufstockung stellenden Rechtsfragen in der Gemeinschaftsordnung – soweit voraussehbar – regeln. Ausdrücklich verankert werden kann das erwähnte Quorum für die Aufstockung. Eine Erschwerung der Beschlussfassung im schweizerischen Recht ist zulässig, ebenso eine Erleichterung in beiden Rechten, wie sie für nützliche bauliche Massnahmen und besondere Aufwendungen bejaht worden ist[4,5]. Der dargelegte Grundsatz, dass die Einführung von Einzelbefugnissen hinsichtlich nützlicher baulicher Massnahmen unzulässig ist[6], bedarf im Rahmen des Aufstockungsrechts als eines Sonderfalles jedoch einer Einschränkung: Soweit es sich um ein wirtschaftlich beschränktes Projekt handelt, das weder zu einer statischen noch zu einer ästhetischen Beeinträchtigung des Gebäudes

1 BBl 1962 II 1507.
2 Friedrich, § 25, N 11 und § 6, N 10.
3 Bärmann/Pick, § 22, N 18; Weitnauer/Wirths, § 22, N 2; Soergel/Baur, § 22, N 4; OLG Karlsruhe, 13.1.1969, NJW 1969, 1442 f.
4 Vorne § 17 III C 3 und § 18 III B 4.
5 Eine Grenze bildet wiederum ZGB 2/BGB 242; unzulässig wäre z.B. eine Bestimmung, wonach bei Geltung des nicht qualifizierten Wertquotenstimmrechts der zuoberst wohnende Stockwerkeigentümer allein über mehr als die Hälfte der Anteile verfügt und deshalb ein beliebiges Aufstockungsrecht hätte.
6 Vorne § 17 III C 3 Anm. 81.

führt, erscheint die vertragliche Verleihung eines Aufstockungsrechts an einen einzelnen, die erst später gegebenenfalls wirksam sein kann, als zulässig (z.B. Ausbau des Dachstockes); dabei ist aber zu verlangen, dass mit der Aufstockung nicht der Bestand und die Stabilität des Gebäudes gefährdet und dessen Bestimmungszweck nicht geändert werden sowie dass bereits vorgängig der beabsichtigte An- oder Aufbau genau konkretisiert und dass den Stockwerkeigentümern vor allem, wenn der Anspruch im einseitig aufgestellten Begründungsakt verankert ist, Wesen und Ausmass des Aufstockungsrechts deutlich gemacht werden.

3. Mit der Aufstockung drängt sich unter Umständen eine Änderung der Wertquoten auf. Weil in Deutschland die Aufstockung grundsätzlich einstimmig zu beschliessen ist, lässt sich die Änderung damit verbinden (Vetorecht des einzelnen). Problematischer ist die Rechtslage in der Schweiz: Die qualifizierte Mehrheit kann die Aufstockung beschliessen, während die Einstimmigkeit für die Quotenänderung nicht zustande kommt. Dies führt zwar nicht zu einem rechtswidrigen Zustand, weil Sonderrechtswert und Miteigentumsanteil nicht übereinzustimmen brauchen. Dem betroffenen einzelnen steht jedoch ein Berichtigungsanspruch gemäss ZGB 712e II zu, wenn die Wertquotenverteilung wegen der baulichen Veränderung "unrichtig" geworden ist.

II Der Anspruch auf eine ordnungsmässige Verwaltung

A Gegenüber der Versammlung

1. Nach schweizerischem Recht hat der Stockwerkeigentümer keinen Anspruch darauf, dass die Versammlung eine zweckmässige Verwaltung verfolgt; die Beschlüsse brauchen also dem Wohl der Gemeinschaft nicht förderlich zu sein[7], solange sie nicht gegen die allgemeinen Rechtsgrundsätze (OR 20, 21; ZGB 2, 27) verstossen. Die richterliche Aufhebung der Beschlüsse auf entsprechende Anfechtung hin kommt aber meist nur bei offensichtlicher Unhaltbarkeit zur Anwendung, weil die Gerichte diesbezüglich in der Schweiz sehr zurückhaltend sind[8] und nicht gerne in den Wirkungsbereich privatrechtlicher Verbände eingreifen[9].

Ebenso fehlt im Gesetz ein Anspruch des einzelnen auf eine ordnungsmässige Verwaltung; deren Bereich ist, ohne dass eine generelle Abgrenzung möglich wäre, etwas enger als derjenige der zweckmässigen Verwaltung: Sie ist begrenzt durch die gegebene Ordnung und die dem Wesen der betreffenden Stockwerkeigentümergemeinschaft entsprechenden Massnahmen unter Ausklammerung der überwiegend wirtschaftlich motivierten Verwaltungsvorgänge[10]. Trotz des Fehlens der gesetz-

7 Zur AG vgl. Siegwart, Art. 646, N 19, zum Verein vgl. Egger, Art. 75, N 19.

8 Typisch diesbezüglich etwa der sog. "Weltwoche-Entscheid" des Bundesgerichts (3.4.1973, BGE 99 II 55 ff).

9 Eingehender dazu hinten § 21 I D.

10 Beispielsweise ist es eine Frage der Zweckmässigkeit, wie die Gelder des Erneuerungsfonds angelegt werden, hingegen eine Frage der Ordnungsmässigkeit, dass die Versammlung die notwendigen Ausführungsbestimmungen zum reglementarisch vorgesehenen Erneuerungsfonds erlässt.

lichen Grundlage hat jedoch die Gerichtspraxis den Anspruch des einzelnen auf eine billigem Ermessen entsprechende Regelung der Verwaltung anerkannt[11]. Zu klagen ist auf eine bestimmte Art der Regelung oder auf die Bestellung eines Verwalters (beim Miteigentum; beim Stockwerkeigentum gibt ZGB 712q I eine spezielle Rechtsgrundlage ab). Nachteilig wirkt sich jedoch aus, dass die Klage im ordentlichen Verfahren abzuwickeln ist, das einerseits häufig recht lange dauert und anderseits deswegen unter den Gemeinschaftern ein Spannungsverhältnis entstehen lässt. Nur ausnahmsweise ist das summarische Verfahren als anwendbar erklärt worden[12].

Die Revision des Miteigentums von 1963 hat diesbezüglich nur eine Änderung gebracht: Der einzelne kann die Anordnung der notwendigen Massnahmen verlangen, und zwar in einem einfachen und raschen Verfahren (ZGB 647 II 1). Dieser Anspruch ist aber deshalb ungenügend, weil gewisse Verwaltungshandlungen sinnvollerweise anzuordnen wären, auch wenn sie nicht unbedingt notwendiger Natur sind. Liver[13] hat denn auch schon früh einen entsprechenden Rechtsbehelf bejaht (ohne aber auf eine gesetzliche Bestimmung Bezug zu nehmen). Seitherige Entscheide fehlen. Neuerdings hat jedoch Liver die Frage wieder aufgenommen und am Rande auf ZGB 712q als Rechtsbehelf verwiesen[14].

Gemäss ZGB 712q I hat der einzelne Anspruch auf die Bestellung eines Verwalters[15]. Abgesehen davon, dass die analoge Anwendung mit Bezug auf einen Zustand (statt einer Person) recht problematisch ist und die Anwendung von ZGB 712q jedenfalls beim einfachen Miteigentum aus systematischen Gründen abseits liegt, versagt der Rechtsbehelf jedesmal dann, wenn ein Verwalter zwar bestellt ist, die Versammlung aber lethargisch bleibt. Es ist deshalb eine adäquatere Rechtsgrundlage zu suchen.

ZGB 647 II 1 kommt ebenfalls kaum in Frage, weil es ausdrücklich um die notwendigen Verwaltungshandlungen geht (Verhinderung eines übermässigen Schadens bzw. der Zerstörung von Gebäuden)[16]; wollte man diesen Anspruch auf nützliche bauliche Massnahmen und wichtigere Angelegenheiten erstrecken, würde wohl der gesetzliche Anwendungsbereich überdehnt.

11 Meier-Hayoz, Art. 647, N 27 und dort zitierte Rechtsprechung; typisch ist diesbezüglich der Bundesgerichtsentscheid vom 10.3.1960 (ZBGR 1963, 181 ff): Das Gesetz regle nicht, was zu geschehen habe, wenn die Miteigentümer bei wichtigeren Verwaltungshandlungen die qualifizierte Mehrheit nicht zu bilden vermögen; es sei deshalb wünschbar ("souhaitable"), dass der einzelne sich an den Richter wenden könne (dogmatisch handelt es sich um eine Lückenfüllung), der dann die anderen Miteigentümer dazu zwinge, die Verwaltung der Sache durch einen Dritten (Verwalter) besorgen zu lassen (bezüglich des alten Miteigentumsrechts).

12 So etwa im Kanton Luzern (Obergericht Luzern, 23.12.1958, ZbJV 1959, 243): Es wird festgestellt, dass in den Fällen, in denen sich die Miteigentümer über die Verwaltung nicht einigen könnten (v.a. bei Unmöglichkeit der Mehrheitsbeschlussfassung), trotz des Fehlens einer gesetzlichen Regelung summarische richterliche Anordnungen möglich seien.

13 Liver, Marxer, 174: Er erwähnt ausdrücklich die nützlichen baulichen Massnahmen (besonders, wenn die vorgeschriebene Mehrheit gar nicht gebildet werden kann). Interessant ist folgender Hinweis: "Eine Anregung, den Entwurf in diesem Sinne zu ergänzen, hat die Kommission des Ständerates nicht aufgenommen, weil sie fand, diese Lösung sei in der Praxis bereits anerkannt, weshalb eine ausdrückliche Bestimmung nicht nötig sei."

14 Liver, SPR V/1, 66, Anm. 36 a.E.

15 Dazu hinten § 27 I C.

16 Vorne § 17 II A.

Die allfällige analoge Heranziehung einer Norm aus dem Gesellschaftsrecht ist deshalb problematisch, weil die Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht eine Geschäftstätigkeit zum Ziele hat, sondern auf das Haben und Nutzen der gemeinschaftlichen Liegenschaft ausgerichtet ist.

Die Stockwerkeigentümer unterliegen zwar nicht einer besonderen Treuepflicht[17], doch sind sie gegenüber den Mitgemeinschaftern zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet. Als Mitglied einer Sonderverbindung, die "ein bestimmtes Vertrauen der an ihr Beteiligten" voraussetzt[18], hat der einzelne gemeinschaftswidrige Handlungen zu unterlassen; das Ausharren in der Gemeinschaft schafft unter Umständen sogar eine "rechtlich begründete Erwartung auf ein Tun"[19]. In diesem Sinne hat jede zweckwidrige Rechtsausübung als unzulässig zu gelten. "Der Machtmissbrauch der Mehrheit ... kann darin bestehen, dass das formale Mehrheitsprinzip zu Beschlussfassungen verwendet wird, die ausserhalb des richtig verstandenen Gesellschaftszweckes liegen"[20]. Dieser Rechtsbehelf gilt sowohl für den Fall, dass wegen des Machtmissbrauchs überhaupt kein Beschluss zustande kommt[21], wie für den Fall, dass die Mehrheit unter zweckwidriger Rechtsausübung einen Beschluss fasst. Demgemäss ist aus ZGB 2 ein Anspruch auf eine ordnungsmässige Verwaltung abzuleiten[22].

2. Demgegenüber hat der deutsche Wohnungseigentümer nicht nur einen Anspruch auf Einhaltung von Vereinbarungen und Beschlüssen, sondern auch, gerade wenn solche fehlen, auf eine Verwaltung, die den Interessen der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht (WEG 21 IV). Dieser individuelle Rechtsanspruch richtet sich einerseits gegen die anderen Wohnungseigentümer und damit gegen die Versammlung, anderseits gegen den Verwalter[23].

Die Wohnungseigentümer haben die Pflicht, bei der ordnungsmässigen Verwaltung mitzuwirken; wird die Beschlussfähigkeit durch ständiges Nichterscheinen verhindert oder die Beschlussfassung sabotiert, so muss sich nicht wie in der Schweiz der Erlass einer notwendigen Massnahme aufdrängen, bis der Richter angerufen werden kann. Der Gegenstand des Anspruchs entspricht nämlich der gesetzlichen Umschreibung der ordnungsmässigen Verwaltung[24]; der Umfang bestimmt sich also nach der Generalklausel von WEG 21 III und der Aufzählung von WEG 21 V. Soweit jedoch die Möglichkeit von Mehrheitsbeschlüssen im Verwaltungsbereich durch Vereinbarung erweitert oder eingeschränkt worden ist, verändert sich auch der Anspruch des einzelnen aus WEG 21 IV, indem er auf Erfüllung des mit der Beschlussfassung gestalteten Verwaltungsvorganges gerichtet ist[25]. Deshalb entspricht es der unumstrittenen Lehre und Rechtsprechung, dass kein klagbares Recht hinsichtlich

17 Vgl. Herbert Wohlmann, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968, 48 f und hinten § 19 III.
18 Merz, Einleitung, Art. 2, N 34; Egger, Art. 2, N 36.
19 Studer, 36.
20 Merz, Einleitung, Art. 2, N 323.
21 Beispielsweise bei einer Stockwerkeigentümergemeinschaft, die nur aus zwei Mitgliedern besteht, oder in Angelegenheiten der qualifizierten Mehrheitsbeschlussfassung, wobei ein Stockwerkeigentümer bereits über die Mehrheit der Anteile verfügt (vgl. Liver, Marxer, 175).
22 Eingehender Weber, ZBGR 1979, 173 ff.
23 Vgl. eingehend Bärmann/Pick, § 21, N 57 ff; Weitnauer/Wirths, § 21, N 10 ff.
24 Dazu vorne § 18 III A.
25 Vgl. Bärmann/Pick, § 21, N 73.

WEG 22, also kein Anspruch auf Durchführung einer baulichen Veränderung besteht[26]. Hingegen kann ein Wohnungseigentümer, auch wenn vertraglich in einer Frage der ordnungsmässigen Verwaltung ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss oder gar die Einstimmigkeit verlangt wird, beim Richter eine von ihm als im Interesse der Gesamtheit nach billigem Ermessen liegend erkannte Massnahme begehren[27]; ausdrücklich wird dieser Rechtsbehelf als gegen eine terrorisierende Mehrheit verwendbar erklärt[28].

Der Richter kann abändernd in Beschlüsse eingreifen, die nicht einer ordnungsmässigen Verwaltung entsprechen, wobei diese nach billigem Ermessen zu umreissen ist. Auf Antrag eines Wohnungseigentümers kann also der Richter direkt Anordnungen erlassen[29]. Noch etwas weiter ist das BayObLG gegangen[30]: Es hat ein Anfechtungsbegehren, obwohl ein Mehrheitsbeschluss wegen Fristversäumnisses nicht mehr angefochten werden konnte, gleichwohl als Antrag über die Ordnungsmässigkeit der Verwaltung für die Zukunft aufgefasst.

3. Das Recht des einzelnen Wohnungseigentümers, gemäss WEG 21 IV eine ordnungsmässige Verwaltung verlangen zu können, ist nicht zwingend[31]. Dennoch kann es nicht generell aufgehoben werden (vertraglicher Verzicht auf den Individualanspruch); da es sich um einen Teil des wohlerworbenen Mitgliedschaftsrechts handelt, sind der Einschränkung Grenzen gesetzt. Die Ausgestaltung des Anspruches ist somit nur modifizierbar, wobei das Ausmass der Rechtsbeschränkung von den konkreten Umständen abhängt.

Demgegenüber erscheint eine Ausdehnung des Individualrechts über den Bereich der ordnungsmässigen Verwaltung hinaus, die immerhin gegenüber der gesetzlichen Umschreibung von WEG 21 V auch erweitert werden kann, kaum möglich; der Richter vermag normalerweise auf Grund des ihm zur Verfügung stehenden Kriteriums des billigen Ermessens nicht pflichtgemäss zu entscheiden, ob eine kostspielige Aufwendung im Interesse der Mehrheit der Wohnungseigentümer liegt; dennoch könnte es Fälle geben, in denen eine richterliche Anordnung sinnvoll wäre (beispielsweise wenn die einstimmig zu beschliessende Umwandlung einer Grünfläche in geteerte Autoabstellplätze wegen akuten Mangels daran von einem Wohnungseigentümer ohne stichhaltigen Grund verhindert wird); es fragt sich in einem solchen Fall jedoch, ob nicht sachentsprechender eine querulatorische Stimmabgabe als rechtsmissbräuchlich oder gegen Treu und Glauben verstossend angefochten werden sollte.

Ähnliche Bedenken erheben sich auch gegen die vertragliche Einführung eines generellen Individualanspruches auf eine ordnungsmässige Verwaltung im schwei-

26 KG, 31.8.1967, NJW 1968, 160 f; Bärmann/Pick, § 22, N 1; Weitnauer/Wirths, § 21, N 11.
27 Z.B. wenn ein Wohnungseigentümer die zweckmässige Verwertung von Garagen, Lagerhäusern, Ladenlokalen u.a. verhindert, weil das Einstimmigkeitsprinzip gilt.
28 So OLG Hamm, 26.2.1971, MDR 1971, 662; Bärmann/Pick, § 21, N 68; Palandt/Thomas, Vorbem. vor § 709, N 5b; zum besonderen Problem, wenn die Gemeinschaft aus nur zwei Wohnungseigentümern besteht, vgl. hinten § 21 I C.
29 OLG Hamm, 26.2.1971, MDR 1971, 662.
30 BayObLG, 21.4.1972, NJW 1972, 1376 (nur in Leitsätzen abgedruckt).
31 Bärmann/Pick, § 21, N 73; Weitnauer/Wirths, § 21, N 13.

zerischen Recht[32]. Da es sich nicht um eine gesetzlich vorgesehene Streiterledigung handelt, ist die Befürchtung nicht von der Hand zu weisen, dass der angerufene Richter das Begehren mangels eines ausreichenden rechtserheblichen Interesses zurückweisen würde. Denkbar wäre höchstens, dass in der Gemeinschaftsordnung Zielvorstellungen konkretisiert werden, an denen ein Richter allfällige unzweckmässige oder wegen Machtmissbrauchs einseitige Beschlüsse messen könnte[33].

B Gegenüber dem Verwalter

Der Individualanspruch gemäss WEG 21 IV richtet sich nicht nur gegen die Versammlung der Wohnungseigentümer, sondern auch gegen den Verwalter. Aktuell wird dieses Recht im Rahmen des Aufgabenbereiches, der dem Verwalter unabdingbar (WEG 27 III) zukommt (WEG 27 I, II). Der einzelne kann den Richter anrufen, wenn der Verwalter untätig bleibt oder wenn seine Anordnungen nicht dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entsprechen. Dabei kann der Richter gestaltend im Sinne einer ordnungsmässigen Verwaltung eingreifen[34].

Einen entsprechenden Anspruch kennt das schweizerische Stockwerkeigentumsrecht nicht. Die Stockwerkeigentümer können nur den Verwalter abberufen, wenn sie der Ansicht sind, dass er ihre Interessen nicht in genügender und zweckmässiger Weise wahrt (ZGB 712r I)[35], wobei die fristlose Entlassung aus dem Verwaltervertrag immerhin an das Vorliegen eines wichtigen Grundes gebunden ist (z.B. schwerere Pflichtwidrigkeit). Zudem ist der Verwalter für seine Tätigkeit verantwortlich: Erlässt er in fahrlässiger Weise unzweckmässige Anordnungen, aus denen der Gemeinschaft Schäden erwachsen, wird er schadenersatzpflichtig.

III Handlungspflichten?

1. Sowohl das schweizerische wie das deutsche Stockwerkeigentumsrecht gehen davon aus, dass eine allgemeine, umfassende Verwaltungspflicht der Stockwerkeigentümer kraft Gesetzes nicht bestehe[36]. Dennoch ergeben sich minimale Mitwirkungspflichten auf Grund der Tatsache, dass der einzelne Mitglied einer Gemein-

32 Eine Ausnahme wäre wohl denkbar in denjenigen (wenigen) schweizerischen Kantonen, die ein "Verfahren zu geschlossenen Handen" kennen, bei dem es aber eigentlich nicht um eine richterliche Tätigkeit, sondern um einen – schiedsgutachtenähnlichen – Billigkeitsentscheid geht (vgl. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 158 f, 597).

33 Solche Richtlinien können insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn dem einzelnen ein Rechtsbehelf aus ZGB 2 zugestanden wird (vgl. vorgehend Ziff. 1 a.E.).

34 OLG Hamm, 26.2.1971, MDR 1971, 662.

35 Vgl. auch K. Müller, 55.

36 Meier-Hayoz, Art. 646, N 76, Art. 647, N 58; Bärmann/Pick, § 21, N 26; Überblick über die Auseinandersetzungen in der älteren schweizerischen Literatur bei Schneider, 99.

schaft ist: Treu und Glauben (ZGB 2; BGB 242) "verpflichten die einander durch die Gemeinschaft nähergerückten Rechtssubjekte zu einem entsprechenden vertraglichen oder, wo keine solche Bindung vorliegt, quasivertraglichen Verhalten"[37]. Wer also einer Gemeinschaft angehört und sich durchwegs weigert, an deren Versammlungen teilzunehmen, handelt den Erwartungen, die an ihn – als Mitglied einer Sonderverbindung, die "ein bestimmtes Vertrauen der an ihr Beteiligten" voraussetzt[38] – gestellt werden dürfen, zuwider, weil das Ausharren in der Gemeinschaft eine "rechtlich begründete Erwartung auf ein Tun"[39] schafft. Der Bereich der möglichen Handlungspflichten ist jedoch sehr beschränkt; über diesen hinaus gehen insbesondere Verpflichtungen zu Arbeiten an der gemeinsamen Liegenschaft: Durch Mehrheitsbeschluss dürfen also die Stockwerkeigentümer nicht zur tätigen Mithilfe (z.B. Rasen bewässern[40], Schnee räumen[41]) angehalten werden.

Hingegen ist es möglich, dass die Stockwerkeigentümer vertraglich gewisse Handlungspflichten vereinbaren (Rasen mähen und bewässern, Reinigungs- und Schneeräumarbeiten); dabei ist es sinnvoll, für deren Erledigung einen bestimmten Turnus festzulegen. Kommen einzelne Stockwerkeigentümer ihren Aufgaben nicht nach, werden sie schadenersatzpflichtig.

2. In besonderem Masse stellt sich die Frage der Handlungspflicht bei der Vornahme dringlicher Anordnungen. Muss der einzelne Stockwerkeigentümer bei Gefahr für den Bestand der Sache etwas unternehmen (Verwalter benachrichtigen, Schritte zur Abwendung der Gefahr einleiten) oder kann er die erforderlichen Vorkehrungen unterlassen, wenn ihm an der Erhaltung der Sache nicht viel gelegen ist? Mit dem unverzichtbaren Anspruch jedes einzelnen auf Anordnung der notwendigen Massnahmen wollte der Gesetzgeber den Bestand der gemeinsamen Sache erhalten; in dringenden Fällen genügt jedoch das gerichtliche Verfahren nicht mehr; soll die Erhaltung dennoch gewährleistet bleiben, muss vom einzelnen derjenige unmittelbare Einsatz verlangt werden, der ihm zumutbar ist, und dazu gehört in einer Sonderverbindung, einem Gemeinschaftsverhältnis, die Pflicht zur Abwendung des drohenden oder wachsenden Schadens[42]. Damit ist nicht eine gesetzliche Treuepflicht der Stockwerkeigentümer anerkannt[43], sondern lediglich eine Grundpflicht aus Treu und Glauben umrissen. Es muss sich aber um eine unmittelbare schwere, leicht zu behebende Gefahr handeln, deren Unterlassung nach Würdigung aller Umstände als ein Verstoss gegen ZGB 2 erscheint[44].

Dieselben Erwägungen treffen auch für das deutsche Recht zu: Das Gemeinschaftsverhältnis und das Aufeinander-angewiesen-Sein der Gemeinschafter ver-

37 Studer, 35.
38 Merz, Einleitung, Art. 2, N 34; Egger, Art. 2, N 36.
39 So Studer, 36 (wenn auch mit unrichtigem Verweis auf Egger).
40 In diesem Sinne KG, 15.4.1977, MDR 1978, 406 f; vgl. auch Clemens Korff, Wohnungseigentümer können durch Mehrheitsbeschluss nicht zu Arbeitsleistungen verpflichtet werden, Der Wohnungseigentümer 1978, 75 f.
41 Hingegen dürfte es zulässig sein, die einzelnen Stockwerkeigentümer zur Reinigung der unmittelbar zum Eingang ihrer Einheit führenden Treppe zu verpflichten.
42 In diesem Sinne auch Meier-Hayoz, Art. 647, N 58 und eingehend Schneider, 100.
43 Eine gesetzliche Treuepflicht der Miteigentümer lehnt auch Herbert Wohlmann, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968, 48 f ab.
44 Studer, 37.

pflichten zu den dringendsten Abwehrmassnahmen (BGB 242). Über den konkreten Umfang der Handlungspflichten gehen die Meinungen auseinander[45]; grundsätzlich wird man dem Wohnungseigentümer eine sehr leichte Fahrlässigkeit kaum vorwerfen können und insbesondere ist er nicht verpflichtet, den ordnungsmässigen Zustand der gemeinschaftlichen Sache regelmässig zu überprüfen und diesbezügliche Nachforschungen anzustellen.

45 Weitnauer/Wirths, § 21, N 20 anerkennt eine allgemeine Pflicht zur Mitteilung festgestellter Mängel an den Verwalter, während Bärmann/Pick, § 21, N 65 in der Annahme einer Pflicht zurückhaltender sind.

4. Kap.

Die Versammlung der Stockwerkeigentümer

§ 20 Stellung und Aufgaben der Versammlung

Die Stockwerkeigentümer sind an der gemeinschaftlichen Sache, der Liegenschaft, je anteilsberechtigt; diese dingliche Berechtigung verbindet sie zu einer Gemeinschaft, wobei die Zugehörigkeit unlösbar mit dem Miteigentumsanteil verbunden ist[1]. Weil den einzelnen Stockwerkeigentümern die grösstmögliche Berechtigung (alleineigentümerähnliche Stellung) eingeräumt werden soll[2], hat der Gesetzgeber der Gemeinschaft nicht eine eigene Rechtspersönlichkeit verliehen, sondern sie zeichnet sich durch die mehrfache Zugehörigkeit der Rechte und Pflichten aus. Dennoch verbleibt ein Bereich des gemeinsamen Handelns aller Beteiligten; für die Besorgung dieser gemeinsamen Angelegenheiten bedarf die Gemeinschaft einer Organisation. Sie weist deshalb v.a. im Innenverhältnis eine körperschaftliche Struktur auf[3]. Zudem ist sie nach aussen in bestimmten Bereichen verselbständigt[4].

I Die Stellung der Versammlung

Für die Anordnung der sich in der Gemeinschaft aufdrängenden Massnahmen ist eine Zuständigkeitsverteilung notwendig. Dies ist schon deshalb wichtig, weil es sich bei der Besorgung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten oft um wirtschaftlich bedeutungsvolle Aufgaben handelt. Der Gesetzgeber hat mit den zahlreichen Funktionen verschiedene "Organe" betraut[5].

Das notwendige und oberste Organ der Gemeinschaft ist die Versammlung; in ihr beschliessen die Stockwerkeigentümer über die gemeinsamen Angelegenheiten[6]; sie muss zwingend gegeben sein[7], weil sonst die Gemeinschaft die ihr übertragenen Aufgaben gar nicht erfüllen könnte. Die Notwendigkeit dieses Organs bedeutet zwar nicht, dass regelmässig alle formellen Anforderungen des gewöhnlichen Versamm-

1 Friedrich, SJK 1304, 1.
2 BBl 1962 II 1468; Liver, Marxer, 150.
3 Überblick bei Weber, SJZ 1979, 117 f.
4 Vgl. Frei, 25.
5 Sowohl in Deutschland wie in der Schweiz ist die Stockwerkeigentümergemeinschaft keine juristische Person (vgl. Frei, 16 f; Weitnauer/Wirths, § 23, N 1); sie kann demnach keine Organe im streng juristischen Sinne (Definition bei Karl Oftinger, Haftpflichtrecht, Zürich 1960, Bd. II/1, 105) haben. Weil die körperschaftliche Organisation der Stockwerkeigentümergemeinschaft derjenigen einer juristischen Person aber ähnlich ist, wird in der Literatur dennoch der Begriff "Organ" durchgehend verwendet (BBl 1962 II 1519; K. Müller, 70 mit Verweisen auf ausländische Autoren; Magnenat, 106; Friedrich, § 29, N 1 und SJK 1304, 1 f; Mathys, 277; Michaud, 20 f; Ch. Müller, 35; Bärmann/Pick, § 23, N 2; vgl. auch Merle, Bestellung, 12 ff).
6 StenBull NR 1963, 226; Friedrich, § 29, N 1; Ch. Müller, 87; Bärmann/Pick, § 23, N 2.
7 Für Deutschland vgl. WEG 20 I i.V.m. WEG 23 I.

lungsablaufs erfüllt zu werden brauchen: Es können auch Universalversammlungen ad hoc stattfinden oder Beschlüsse im schriftlichen Verfahren gefällt werden[8].

Die im Gesetz weiter erwähnten Organe, nämlich der Verwalter und der Ausschuss bzw. Abgeordnete, werden ausdrücklich als in der Versammlung zu wählende Organe bezeichnet (ZGB 712m I 2, 3; WEG 26 I, 29 I), weshalb diese ihnen übergeordnet sein muss. Überdies ist die Bestellung des Verwalters und des Ausschusses fakultativ; zwar ist in Deutschland der Verwalter ein zwingendes Organ (WEG 20 II), doch kann die Bestellung (bis zu einem entsprechenden richterlichen Begehren: WEG 26 III) faktisch unterbleiben[9].

Der Versammlung kommt auch deshalb grosses Gewicht zu, weil Mehrheitsbeschlüsse nicht nur gegenüber der überstimmten Minderheit wirken (sie also verpflichten, ausdrücklich erwähnt in WEG 10 IV), sondern auch für die Rechtsnachfolger ohne Eintrag im Grundbuch gelten (ZGB 649a; WEG 10 III).

Die Versammlung ist mindestens einmal jährlich durchzuführen; weitere Versammlungen liegen im Ermessen des Verwalters bzw. hängen von der Geltendmachung der Minderheitsrechte ab[10]. Eine Versammlung muss auch dann durchgeführt werden, wenn der Entscheid auf Grund der Mehrheitsverhältnisse von vorneherein klar ist; das Debatterecht des einzelnen Stockwerkeigentümers kann nur im Falle der – zulässigen – schriftlichen Beschlussfassung[11] eingeschränkt werden. Die Minderheit hat somit einen Anspruch auf Gehör; trotz der grundsätzlich geltenden Vertragsfreiheit kann dieses Recht nicht durch Vereinbarung aufgehoben werden; allfällige Einschränkungen sind an den allgemeinen Grundsätzen der Sittenwidrigkeit, des Rechtsmissbrauchs und des Prinzips von Treu und Glauben (ZGB 2, OR 20; BGB 138, 242) zu messen. Dies gilt insbesondere auch gegenüber zu weitgehenden Beschränkungen der Rechte der Stockwerkeigentümer durch Mitwirkungsrechte von Drittpersonen, z.B. Gläubigern[12].

Jeder Stockwerkeigentümer ist, solange er diese Rechtsposition innehat, von Gesetzes wegen Mitglied der Gemeinschaft; zugleich können jedoch nur die Stockwerkeigentümer Mitglied sein. Zwar übernehmen bis zu einem gewissen Grade auch Inhaber beschränkter dinglicher Rechte[13] gewisse Funktionen der Stockwerkeigentümer[14]; dies ändert jedoch an der Mitgliederzahl nichts, denn einzelne Rechte werden einfach vorübergehend abgespalten (alternative, nicht kumulative Rechtsausübung). Um seine Rechte auch ausüben zu können, hat jeder Stockwerkeigentümer ein Teilnahmerecht an der Versammlung; es handelt sich dabei um ein wohlerworbenes Recht[15]. Qualitativ haben alle Mitglieder der Stockwerkeigentümergemeinschaft die gleichen Rechte und Pflichten; quantitativ bestehen jedoch Unterschiede: Die Höhe der Wertquoten spielt z.B. eine Rolle bei der Verteilung der Kosten (ZGB

8 Das schriftliche Verfahren darf aber nicht das einzige sein, weil sonst den einzelnen das Debatterecht abgeschnitten würde.
9 Im einzelnen vgl. hinten § 26 II.
10 Hinten § 22 I A 2.
11 Hinten § 23 I.
12 Bärmann/Pick, § 23, N 7; es ist insbesondere daran zu denken, dass Hypothekargläubiger (Banken) sich allenfalls einen übermässigen Einfluss sichern wollen.
13 Z.B. Stimmrecht des Nutzniessers (ZGB 712o II).
14 Zudem können Vertreter zur Stimmrechtsausübung bevollmächtigt werden.
15 Vgl. hinten § 21 V.

712h I; WEG 16 II), bei der Beschlussfassung über besonders wichtige Gegenstände (ZGB 647b I, 647d I, 712g III) oder bei der Beschlussfähigkeit (WEG 25 III).

II Die Organisation der Versammlung

Die Regelung der Organisation der Versammlung muss so ausgestaltet sein, dass in einfachen und kleinen Verhältnissen keine unnötigen Anforderungen an sie gestellt werden und dass die Richtlinien des Gesetzgebers auch für die Verwaltung grösserer Gebäude mit zahlreichen Stockwerkeinheiten ausreichen[16].

Das schweizerische Stockwerkeigentumsrecht enthält nur sehr wenige organisatorische Vorschriften (ZGB 712m bis 712p). Im übrigen wird auf das Vereinsrecht verwiesen (ZGB 712m II). Dieser Verweis ist in der gesetzgeberischen Ausarbeitung damit begründet worden, dass dieses Recht den "breitesten Kreisen unseres Volkes so gut vertraut"[17] oder dass es das dem Volke wohl bekannteste Recht sei[18]. ZGB 712m II verweist auf die Bestimmungen betreffend die Vereinsversammlung, also auf ZGB 64 bis 68, sowie ausdrücklich auf die Anfechtungsklage (ZGB 75). In unserem Zusammenhang besonders zu beachten ist jedoch, dass auch ZGB 63 II, der die zwingenden Vorschriften des Vereinsrechts bezeichnet, anwendbar ist[19].

In Deutschland fehlt ein ausdrücklicher Verweis auf das Vereinsrecht; ein solcher wäre auch insoweit weniger bedeutungsvoll, als die deutsche Regelung (WEG 23 bis 25) wesentlich ausführlicher gehalten ist als die schweizerische und die entsprechende Anwendung anderer Rechte sich somit weniger aufdrängt. Immerhin ist auch in Deutschland anerkannt, dass die Ausgestaltung des Wohnungseigentums – neben Elementen des Genossenschaftsrechts – insbesondere dem Vereinsrecht ähnlich ist[20]; die entsprechende Heranziehung der vereinsrechtlichen Rechtsprechung wird denn auch schon seit längerem praktiziert[21].

Ob die schweizerische Lösung mit dem allgemeinen Verweis auf das Vereinsrecht (vorbehältlich der Spezialregeln von ZGB 712n, o, p) in jeder Beziehung glücklich ist, muss an sich bezweifelt werden; bei vielen Fragen besteht eine gewisse Unsicherheit, ob das Vereinsrecht der Struktur des Stockwerkeigentums tatsächlich entspricht[22]. Im Einzelfall drängt es sich deshalb auf, im Reglement diejenigen Fragen, die umstritten sein könnten, durch einen ausdrücklichen Entscheid in der einen oder anderen Richtung festzulegen; "dies zwingt zugleich dazu, jene Bestimmungen darauf hin zu prüfen, wie weit sie einer Anpassung an die Bedürfnisse der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer bedürfen"[23].

2. Nicht abdingbar sind diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, bei denen sich der zwingende Charakter ausdrücklich aus der entsprechenden Vorschrift ergibt

16 Liver, Marxer, 189.
17 BBl 1962 II 1519.
18 StenBull NR 1963, 226 (Furgler).
19 Riemer, 258 f.
20 Bärmann/Pick, § 23, N 2.
21 BayObLG, 5.10.1972, NJW 1973, 151; Hauger, 212.
22 Im einzelnen hinten § 21 II C (betr. ZGB 68).
23 Friedrich, § 29, N 2.

(z.B. ZGB 712n II: "sind zu") oder die auf Grund des gesetzgeberischen Schutzgedankens, der dahintersteht, nicht als dispositiv aufgefasst werden können (z.B. ZGB 712p I). Für das Vereinsrecht wird dies ausdrücklich bestimmt (ZGB 63 II), wobei aber auch hier ungeschriebenes zwingendes Recht ebenfalls vorbehalten bleibt[24]. Insbesondere können also solche Vorschriften nicht abbedungen werden, bei denen das Wesen und die Struktur des Stockwerkeigentums dagegen sprechen; je nach dem Schutzgedanken wird es sich nur um halbzwingende Normen handeln.

Weil gemäss WEG 10 I die Wohnungseigentümer von den Vorschriften des Gesetzes abweichende Vereinbarungen treffen können, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist, wird in Deutschland allgemein die Ansicht vertreten, die Vorschriften von WEG 23–25 unterlägen der Vertragsfreiheit, seien also nicht zwingender Natur[25]. Ausser den allgemeinen Grenzen wie Sittenwidrigkeit, Rechtsmissbrauch sowie Treu und Glauben sind aber in jüngerer Zeit vermehrt Zweifel an der Nachgiebigkeit bei verschiedenen Bestimmungen laut geworden, etwa bei WEG 24 II[26] sowie bei WEG 25 V[27]. Noch vermehrt müssten aber m.E. die einzelnen Vorschriften dahingehend durchleuchtet werden, welche Ziele der Gesetzgeber damit erreichen wollte und ob sie bestimmte unantastbare Schutzbereiche eingrenzen.

III Überblick über den Aufgabenbereich der Versammlung

Als oberstes Organ übernimmt die Versammlung die wichtigsten Aufgaben der Stockwerkeigentümergemeinschaft. Angesichts der grundsätzlich geltenden Vertragsfreiheit kann jedoch die konkrete Ausgestaltung sehr verschieden aussehen: Kleine Gemeinschaften treffen wohl weniger organisatorische Anordnungen, dafür werden die konkret durchzuführenden Verwaltungsmassnahmen im einzelnen diskutiert, während in grossen Gemeinschaften in der Versammlung meist nur Grundsatzentscheide fallen und im übrigen die Aufgaben an andere Organe delegiert werden. Eine unabdingbare Handlung hat jedoch jede Stockwerkeigentümerversammlung einmal jährlich vorzunehmen: Sie muss den Kostenvoranschlag und die Rechnung für das abgelaufene Jahr genehmigen (ZGB 712m I 4; WEG 28 V).

Die Aufgaben der Versammlung lassen sich wie folgt skizzieren[28]:

24 Egger, Art. 63, N 4.

25 Vgl. etwa Bärmann/Pick, §§ 23, 24 und 25 je N 3; Weitnauer/Wirths, § 10, N 9, §§ 23 und 25 je N 1.

26 BayObLG, 5.10.1972, NJW 1973, 151; AG München, 4.12.1974, Rechtspfleger 1975, 254; Bärmann/Pick, Kurzkommentar, 114 (vgl. dazu hinten § 22 I A 2).

27 Bärmann/Pick, § 25, N 61.

28 Vgl. Friedrich, § 29; K. Müller, 71 f; Ch. Müller, 68 f; Michaud, 55 ff sowie die deutschen Kommentatoren zu WEG 21/22.

1. Legislative Funktionen

– Erlass des Begründungsaktes (Teilungserklärung, Gemeinschaftsordnung) sowie dessen Abänderung;
– Erlass eines Reglementes (ZGB 712g III)[29,30];
– Erlass einer Hausordnung[31,32];
– Erlass eines Reglementes für den Verwalter und/oder den Ausschuss[33].

2. Administrative Funktionen

a) Anordnung von Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen

– Anordnung der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen, soweit sie nicht dem Verwalter zustehen (ZGB 647a, 712m I 1; WEG 21)[34], insbesondere
  = Festlegung der Beiträge der einzelnen Stockwerkeigentümer auf Grund des Kostenvoranschlages (ZGB 712m I 4; WEG 21 V 5);
  = Schaffung eines Erneuerungsfonds (ZGB 712m I 5; WEG 21 V 4)[35];
  = Bezeichnung der abzuschliessenden Versicherungen (ZGB 712m I 6; WEG 21 V 3)[36];
– Anordnung der wichtigeren Verwaltungshandlungen (z.B. Beschluss zur Prozessführung: ZGB 647b[37,38]);
– Anordnung der gewöhnlichen (ZGB 647c), nützlichen (ZGB 647d) und luxuriösen (ZGB 647e) baulichen Massnahmen[39].

b) Wahlhandlungen

– Wahl und Abberufung des Verwalters und allenfalls eines Stellvertreters von ihm (ZGB 712m I 2; WEG 26 I)[40];

29 In der Schweiz muss die Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht ein Reglement erlassen; hingegen hat jeder Stockwerkeigentümer das unentziehbare Recht, den Erlass eines Reglementes zu verlangen (ZGB 712g III).
30 Deutschland kennt das Institut des Reglementes nicht; der Erlass eines solchen ist deshalb nicht von so grosser Bedeutung, weil im Gesetz relativ ausführliche Verwaltungs- und Benutzungsanordnungen vorgesehen sind (WEG 10 ff).
31 Sofern in der Gemeinschaftsordnung oder im Reglement vorgesehen.
32 Die in WEG 21 V 1–6 erwähnten Verwaltungsordnungen sind nicht zwingend; sie haben nur den Charakter einer beispielhaften Aufzählung (Bärmann/Pick, § 21, N 75; Weitnauer/Wirths, § 21, N 13).
33 Vgl. Anm. 31.
34 Zur Abgrenzung vgl. hinten § 20 IV B.
35 Vgl. Anm. 31.
36 Vgl. Anm. 31.
37 Beispiele bei Meier-Hayoz, Art. 647b, N 5.
38 Diese Kategorie von Massnahmen nicht baulicher Natur kennt das WEG nicht (vgl. Hauger, 236).
39 In Deutschland wird nur unterschieden zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Aufwendungen (WEG 21 und 22).
40 Das ZGB hat davon abgesehen, die Bestellung des Verwalters zwingend vorzuschreiben (statt vieler: Friedrich, § 39, N 2); dagegen hat jeder Stockwerkeigentümer das unentziehbare Recht, die Ernennung des Verwalters durch den Richter zu verlangen (ZGB 712q I). In

– Wahl und Abberufung des Ausschusses oder eines anderen Organs (ZGB 712m I 3; WEG 29 I)[41].

c) Überwachende Funktionen

– Genehmigung der Jahresrechnung (ZGB 712m I 4; WEG 21 V 5 i.V.m. 28 V);
– Décharge-Erklärung für die gewählten Organe;
– Dienstaufsicht über den Verwalter und die anderen Organe.

Über den Ausschluss eines Stockwerkeigentümers (ZGB 649b II; WEG 18) befindet hingegen materiell nicht die Gemeinschaft (als "Organisation"), sondern die Gesamtheit der Gemeinschafter (wobei faktisch eine personelle Übereinstimmung gegeben ist).

3. Judikative Funktionen

Entscheidung über Rekurse[42] gegen Verfügungen des Verwalters oder anderer Organe[43].

IV Grenzen der Zuständigkeit der Versammlung

Als oberstes Organ ist grundsätzlich die Stockwerkeigentümerversammlung zur Anordnung der Verwaltungsmassnahmen befugt. In einem Fall ist das Gesetz – aus Praktikabilitätsgründen – vom Grundsatz aber selber abgewichen, indem es jeden Miteigentümer gemäss ZGB 647a I zur Anordnung gewöhnlicher Verwaltungshandlungen ermächtigt hat. Sofern von der Stockwerkeigentümergemeinschaft jedoch ein Verwalter gewählt wird, treten die Rechte des einzelnen hinter dessen Kompetenz (als subsidiäre Rechte) zurück[44,45]. An die gesetzliche Regelung sind die Stockwerkeigentümer zwar nicht gebunden: Durch einstimmigen Beschluss können sie eine andere Nutzungs- und Verwaltungsordnung vereinbaren (ZGB 647 I, ZGB 712g II), soweit nicht zwingendes Recht dagegen spricht. Es ist deshalb zu prüfen, inwieweit den einzelnen Stockwerkeigentümern, dem Verwalter und anderen Organen unentziehbare Rechte zustehen.

Deutschland kann zwar nach WEG 20 II die Bestellung eines Verwalters nicht ausgeschlossen werden, doch muss de facto keine Verwalterbestellung erfolgen, wenn kein Wohnungseigentümer oder Dritter einen entsprechenden Antrag beim Gericht stellt (WEG 26 III).

41 Vgl. Anm. 31.
42 Friedrich, § 46.
43 Vgl. Anm. 31.
44 Vgl. vorne § 17 IV A 2.
45 In Deutschland fehlt dem Wohnungseigentümer ein primäres Recht auf Vornahme der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen; er kann nur beim Richter eine ordnungsmässige Verwaltung verlangen (WEG 21 IV).

A Die Zuständigkeit der Stockwerkeigentümer

1. Mit der Revision der Miteigentumsordnung strebte der Gesetzgeber an, die einzelnen Miteigentümer gegenüber der Willkür der Mehrheit in Schutz zu nehmen; er hat deshalb die Ansprüche nach ZGB 647 II als unentziehbare und unverzichtbare Rechte[46] ausgestaltet. Der deutsche Wohnungseigentümer muss sich auf die Rechtsbehelfe von WEG 21 II und IV stützen.

- Recht auf Anordnung der notwendigen Verwaltungshandlungen: Jeder Stockwerkeigentümer kann von der Gemeinschaft die Vornahme all jener Verwaltungshandlungen fordern, die für die Erhaltung des Wertes oder[47] der Gebrauchsfähigkeit nötig sind (ZGB 647 II 1)[48]; im Gegensatz zu diesem unentziehbaren Recht ist der Anspruch auf eine ordnungsmässige Verwaltung nach WEG 21 IV modifizierbar[49], wobei auch hier Grenzen zu beachten sind, die bei einem generellen Verzicht auf eine ordnungsmässige Verwaltung wohl überschritten wären[50].
- Recht auf selbständige Vornahme von dringlichen Massnahmen: Diese sowohl nach schweizerischem wie nach deutschem Recht (ZGB 647 II 2; WEG 21 II) unentziehbare Befugnis besteht auch, wenn ein Verwalter eingesetzt ist, doch geht nach unbestrittener Lehre[51] die Kompetenz des Verwalters insoweit vor, als der Stockwerkeigentümer – verfahrensrechtlich – vorerst die allfälligen Schäden dem Verwalter zu melden hat und nur, wenn dieser unerreichbar ist oder das Notwendige nicht veranlasst, selbständig tätig werden darf.

2. Das Gesetz hat dem Stockwerkeigentümer noch weitere unentziehbare Rechte eingeräumt:

- Weil die Einsetzung eines Verwalters nicht zwingend vorgeschrieben ist, kann jeder Stockwerkeigentümer vom Richter verlangen, dass ein Verwalter bestellt wird (ZGB 712q I; WEG 26 III[52]).
- Weil nach schweizerischem Recht der Gesetzgeber die Erstellung eines Reglementes nicht für obligatorisch erklärt hat, steht jedem Stockwerkeigentümer der Anspruch zu, den Erlass einer Verwaltungs- und Nutzungsordnung zu verlangen (ZGB 712g III)[53].

3. Ein einschränkbares Recht des Stockwerkeigentümers ist der bereits erwähnte Anspruch auf Vornahme der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen: Einerseits geht die Kompetenz des Verwalters vor, anderseits ist es möglich, die Zuständigkeit zu

46 BBl 1962 II 1481, 1506; Meier-Hayoz, Art. 647, N 43; K. Müller, 29 ff; Studer, 21; Schneider, 92 ff.
47 Im Gesetz steht zwar "und"; nach herrschender Lehre (vgl. vorne § 17 II A) müssen jedoch die Anforderungen alternativ verstanden werden.
48 Vgl. im einzelnen vorne § 17 II A.
49 Weitnauer/Wirths, § 21, N 13.
50 So auch Bärmann/Pick, § 21, N 73.
51 Vorne § 17 II B und § 18 II.
52 In Deutschland für den Fall, dass de facto kein Verwalter im Amt ist.
53 Hinsichtlich der praktischen Wirksamkeit dieses Anspruches bestehen jedoch Zweifel: Was geschieht, wenn der Verwalter trotz richterlicher Aufforderung untätig bleibt oder wenn die qualifizierte Mehrheit in der Abstimmung nie zustande kommt? Im einzelnen dazu § 12 IV 7 a.E.

diesen Verwaltungshandlungen durch einen Mehrheitsbeschluss zu ändern (ZGB 647a II)[54].

B Die Zuständigkeit des Verwalters und des Ausschusses

ZGB 712m I[55] führt diejenigen Befugnisse an, über welche die Versammlung entscheiden kann. Muss sie aber auch wirklich darüber entscheiden oder lassen sich die Befugnisse an den Verwalter oder einen allfälligen Ausschuss delegieren? Kann anderseits die Versammlung alle Befugnisse an sich ziehen?

1. Angesichts der grundsätzlich geltenden Vertragsfreiheit hinsichtlich der Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung sind die Stockwerkeigentümer bei der Verteilung der Kompetenzen weitgehend frei. Gewisse Mindestbefugnisse können jedoch der Versammlung – wegen ihrer Stellung als oberstes Organ der Stockwerkeigentümergemeinschaft – nicht entzogen werden: Zum einen handelt es sich um die Anordnung genereller und konkreter Massnahmen, bei denen das Gesetz zwingend eine Mehrheit oder sogar eine qualifizierte Mehrheit von Stockwerkeigentümern voraussetzt[56], zum andern sind es die Wahl- und Überwachungsfunktionen der Versammlung (Wahl und Abberufung eines Verwalters und eines Ausschusses[57], Genehmigung der Jahresrechnung und des Kostenvoranschlages)[58]. Die letzteren Befugnisse können insbesondere auch nicht als Ganzes einem Ausschuss übertragen werden[59]. Die Mindestbefugnisse der Versammlung bieten den einzelnen Stockwerkeigentümern – neben den ihnen zustehenden unabdingbaren Rechten[60] – die Gewähr, dass sie an der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zumindest hinsichtlich der Grundentscheidungen beteiligt sind; dass dieser Bereich relativ klein ist[61], erscheint deshalb als vertretbar, weil den Stockwerkeigentümern recht umfassende Einzelbefugnisse zustehen.

2. Obwohl die Stockwerkeigentümerversammlung das oberste Organ ist, fragt es sich, ob sie sämtliche Kompetenzen an sich ziehen kann oder ob, abgesehen von den unabdingbaren Rechten der Stockwerkeigentümer, auch dem Verwalter, sofern ein solcher gewählt ist, gewisse Mindestbefugnisse[62] zustehen, die ihm nicht entzogen werden dürfen. Ausdrücklich erklärt WEG 27 III die dem Verwalter nach WEG 27 I und II zustehenden Aufgaben und Befugnisse für unabdingbar[63]. Ob dasselbe je-

54 Z.B. können die Stockwerkeigentümer in kleineren Gemeinschaften nur einen von ihnen ermächtigen, die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen vorzunehmen.
55 Vgl. auch WEG 21 I und 21 V.
56 Vorne § 17 III, § 18 III und hinten § 22 IV B.
57 Es ergibt sich aus der Natur der Sache, dass über die Frage, ob überhaupt ein Verwalter und ein Ausschuss bestellt werden solle, ebenfalls nur die Stockwerkeigentümerversammlung entscheiden kann.
58 Vgl. Friedrich, § 29, N 9.
59 Friedrich, § 38, N 8.
60 Vorne § 17 II und § 18 II.
61 Vgl. etwa die strenge Abgrenzung im Aktienrecht (OR 698); dazu Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 142 ff und dort zitierte Literatur.
62 K. Müller, 121.
63 Bärmann/Pick, § 27, N 10; Weitnauer/Wirths, § 27, N 14; LG Hamburg, 11.2.1970, MDR 1970, 762.

doch auch für das schweizerische Recht gilt, ist umstritten[64]. Die Kompetenzen in ZGB 712s und t sind jedenfalls dann unabänderlich und von Gesetzes wegen wirksam, wenn ein Verwalter gerichtlich bestellt ist; wäre dies nicht der Fall, könnte die richterliche Ernennung des Verwalters auf Grund eines Begehrens eines Stockwerkeigentümers durch ein entsprechend minimales Pflichtenheft illusorisch gemacht werden[65].

Weil die Bestellung eines Ausschusses und die Ausgestaltung seiner Befugnisse den Stockwerkeigentümern freistehen[66], müssen ihm auch keine Mindestbefugnisse eingeräumt werden[67]. Es ist zulässig und praktisch sehr häufig der Fall, dass der Ausschuss überhaupt keine Entscheidungskompetenzen innehat, sondern ihm nur beratende und allenfalls überwachende Funktionen zukommen[68]. Dem Ausschuss könnten aber ohnehin nur solche Kompetenzen eingeräumt werden, die nicht zwingend dem Verwalter zustehen.

Wird über Verwaltungsaufgaben und Befugnisse des Verwalters oder des Ausschusses eine vom Gesetz abweichende Regelung getroffen, so ist sie einstimmig zu beschliessen (ZGB 712g II). In Deutschland gilt dasselbe für eine weitere Änderung oder die Rückkehr zum gesetzlichen Zustand; mangels einer gesetzlichen Anordnung ist für die Schweiz – trotz fehlender innerer Logik – demgegenüber davon auszugehen, dass bereits ein einfacher Mehrheitsbeschluss genügt[69].

§ 21 Das Stimmrecht und andere Mitwirkungsrechte

Die Stockwerkeigentümer bilden zusammen ein Gemeinschaftsverhältnis, das einen gesellschaftsrechtlichen Einschlag hat. Die Individualsphäre wird dabei von diesem gemeinschaftlichen Zusammenwirken, der Kollektivsphäre, umschlossen und beschränkt[1]. Die Aufrechterhaltung der Rechtsposition als Eigentümer bleibt aber nur dann in jenem Bereich, für den der Verband zuständig ist, gewahrt, wenn dem einzelnen Stockwerkeigentümer entsprechende Mitwirkungsrechte eingeräumt sind.

Unter dem Mitwirkungs- oder Teilnahmerecht im weiteren Sinne versteht man die Befugnis, an der Willensbildung in der Gemeinschaft in irgendeiner Hinsicht mitzuwirken[2]. Als einzelne Ansprüche lassen sich aus diesem "Grundsatz-Recht" ausgliedern:

64 Vgl. hinten § 28 II.
65 Studer, 49.
66 Im Gegensatz zum Ausschuss ist beim Verwalter den Stockwerkeigentümern nur die Bestellung freigestellt, während im Falle einer Bestellung die erwähnten Mindestbefugnisse zu berücksichtigen sind.
67 Im einzelnen hinten § 25 III.
68 Friedrich, ZBGR 1973, 150 hält z.B. generell dafür, dass dem Ausschuss keine Entscheidungskompetenzen eingeräumt werden sollten.
69 Vgl. auch Eggen, Stockwerkeigentum 1976/4, 4.
1 Liver, Marxer, 181.
2 Studer, 32.

– Teilnahmerecht im engeren Sinne (Recht auf Anwesenheit in der Versammlung)[3];
– Stimmrecht;
– Einberufungsrecht[4];
– Debatterecht[5];
– Antragsrecht innerhalb der angekündigten Traktanden[6];
– Kontrollrecht (Einsichts-[7] und Anfechtungsrecht[8]).

Materiell am gewichtigsten erscheint dabei das Stimmrecht; das Bestehen der anderen Rechte ist im wesentlichen eine Voraussetzung dafür, dass der einzelne Stockwerkeigentümer seine Mitwirkungsmöglichkeiten auf Grund des Stimmrechts tatsächlich wahrnehmen kann. Im folgenden wird deshalb eingehend auf das Stimmrecht eingegangen; anschliessend kommen noch die andern Mitwirkungsrechte zur Sprache.

I Kopfstimmrecht und Wertquotenstimmrecht

A Allgemeines zum Stimmrecht

1. Umschreibung

Das Stimmrecht wird im allgemeinen definiert als Befugnis zur Mitwirkung an der kollektiven Willensbildung in bestimmten Verbandsangelegenheiten[9]. Der – nicht naturgemäss mögliche – Personenvereinigungswille wird gebildet durch die Zusammenfassung der natürlichen Einzelwillensäusserungen und durch ihre Beurteilung nach bestimmten Prinzipien (Einstimmigkeits- oder Mehrheitsprinzip)[10].

2. Rechtliche Qualifikation und systematische Einordnung des Stimmrechts

– Das Stimmrecht gehört zu den Mitgliedschaftsrechten persönlicher Natur (oder den sog. Herrschaftsrechten)[11]; in der weiteren Unterteilung nach der Funktion in Mitwirkungs- und Schutzrechte zählt das Stimmrecht zur ersten Gruppe[12].

3 Hinten § 21 V 1.
4 Hinten § 22 I A 2.
5 Hinten § 21 V 2.
6 Hinten § 21 V 3.
7 Hinten § 21 V 4.
8 Hinten § 24.
9 Statt vieler: Pestalozzi, 1; Zöllner, 11.
10 Pestalozzi, 1; zur Gegenüberstellung von Einstimmigkeits- und Mehrheitsprinzip vgl. hinten § 22 IV A 3.
11 Im Gegensatz zu den Drittrechten.
12 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 12, N 57; § 15, N 41.

- Das Stimmrecht ist nicht nur ein wirtschaftlich bedeutendes Recht, sondern insbesondere ein Persönlichkeitsrecht[13]; deshalb existiert es bei allen Personenvereinigungen[14]: Als Recht, an der kollektiven Bildung des Willens beteiligt zu sein, ist es bei allen wesensgleich[15].
- Das Stimmrecht ist ein subjektives Privatrecht: Es umfasst alle im Rahmen der Privatautonomie ermöglichten Einzelbefugnisse; zugleich untersteht es aber auch den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, z.B. dem Verbot des Rechtsmissbrauchs, der Sittenwidrigkeit und der Unveräusserlichkeit der Persönlichkeit[16].
- Das Stimmrecht ist ein relatives (nicht absolutes) Recht: Es bezieht sich allein auf die Teilnahme am gemeinschaftlichen Leben, ohne dabei auf Drittrechte auszustrahlen.
- Bei den Rechten, die den Mitgliedern von Personenvereinigungen zukommen, unterscheidet die neuere Lehre zwischen den sog. unverzichtbaren und den wohlerworbenen Rechten:
  - = Unverzichtbar sind Rechte, die nicht nur im Interesse des einzelnen bestehen, sondern zugleich die Struktur der betreffenden Personenvereinigung bestimmen und deshalb nicht der individuellen Verfügungsfreiheit überlassen bleiben können[17].
  - = Wohlerworbene (unentziehbare[18]) Rechte liegen im Interesse des direkt Betroffenen; durch ihr Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein wird jedoch die Struktur der Personenvereinigung nicht berührt[19,20].

  Diese früher noch nicht so differenziert herausgearbeitete Unterscheidung und saubere dogmatische Zuordnung[21] lassen klar erkennen, dass das Stimmrecht ein unverzichtbares Recht ist, denn auf der einen Seite steht das Stimmrecht im Interesse der Mitglieder, indem es unmittelbar einen Anteil an der Willensbildung verleiht, auf der andern Seite ist es lebensnotwendig für die Gesellschaft selber, denn ein Verbandswille kann nur durch die Zusammenfassung von Einzelwillen natürlicher Personen zustande kommen[22].

13 Bundesgericht, 9.12.1924, BGE 50 II 548.
14 Im Gegensatz zu den Vermögenszusammenfassungen (z.B. Stiftung).
15 Zöllner, 11.
16 Egger, Art. 27, N 1 ff; Hugo Wenninger, Das Stimmrecht des Genossenschafters nach dem revidierten schweizerischen OR, Diss. Zürich 1944, 31; Pestalozzi, 3; eingehend zu den Schranken der guten Sitten, der Gleichbehandlung, des Gesellschaftszweckes und der Treuepflicht Zöllner, 288 ff.
17 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 34, N 14 ff.
18 Die Begriffe werden meist im gleichen Sinne verwendet: vgl. Schluep, 7; Schucany, Art. 646, N 1; Bürgi, Art. 660, N 6 ff.
19 Schluep, 7; Pestalozzi, 3.
20 Eine genauere Umschreibung der wohlerworbenen Rechte fehlt bislang noch; vgl. den Überblick über die Lehre bei Pestalozzi, 5 f.
21 So insbesondere Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 34, N 5 ff. Undeutlich noch Schluep, 133 ff und dort zitierte Literatur.
22 Pestalozzi, 4.

3. Funktion und Zweck des Stimmrechts

Aus der Sicht der Gemeinschaft hat das Stimmrecht die "Funktion, die Bildung des Körperschaftswillens nach demokratischen Prinzipien zu ermöglichen"[23]. Sein Zustandekommen ist wesentlich im Hinblick auf die gemeinsame Zweckverfolgung; funktionell ermöglicht nur das Stimmrecht diese Willensbildung. Zugleich dürfen aber die Gefahren nicht übersehen werden: Durch die Stimmfreiheit kann der Träger eine Machtstellung erlangen, die unter Umständen der gemeinsamen Interessenverfolgung widerspricht[24].

Vom Träger des Stimmrechts aus gesehen bietet dieses die Möglichkeit, in den Angelegenheiten der Personenvereinigung gestaltend mitzubestimmen; er kann selbständig und unmittelbar auf die Geschicke des Verbandes einwirken. Dieses Mitwirkungsrecht ist ein Korrelat zur Aufgabe eines Teils seiner individuellen Rechtssphäre und eines Teils seiner wirtschaftlichen Persönlichkeit[25]. Das Stimmrecht mit seiner direkten Einwirkungsmöglichkeit auf die gemeinschaftlichen Angelegenheiten wird meist als das bedeutendste Herrschaftsrecht bezeichnet[26] und ist jedenfalls das wichtigste Mitwirkungsrecht.

4. Umfang und Inhalt des Stimmrechts

Der Einfluss, der dem einzelnen Mitglied zusteht, drückt sich durch die Stimmrechts- oder Abstimmungsmacht aus: Ihr Ausmass wird durch zwei Komponenten bestimmt[27]:

- Der gegenständliche Umfang des Stimmrechts: Der Mindestinhalt des Stimmrechts ergibt sich aus dem gesetzlich zwingend festgelegten Mindestumfang der Kompetenzen der Mitgliederversammlung, denn es gilt der Grundsatz der Proportionalität des Stimmrechtsumfanges zur organschaftlichen Kompetenz des Willensbildungsorgans[28]; die andere Grenze wird bestimmt durch die Kompetenzbereiche der übrigen Gemeinschaftsorgane, wie sie vom Gesetz oder den Statuten bestimmt werden[29].
- Die Stimmkraft: Unter der Stimmkraft versteht man das Gewicht, das der Stimmabgabe eines Mitglieds im Rahmen des Gesamtbeschlusses zukommt. Dieses Gewicht ist abhängig von der entsprechenden Stimmrechtsbemessung in der Gemeinschaft; die Stimmkraft ist keine absolut messbare Grösse, sondern sie ist relativ zum Stärkegrad der übrigen Stimmrechte (sie spricht sich über die rechnerische Erfassbarkeit des Stimmrechts aus). "Aufgabe der Stimmrechtsbemessung

23 Wenninger (Anm. 16), 33; vgl. auch Pestalozzi, 7; Rudolf Müller-Erzbach, Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht, AcP 1955, 316 f.
24 Im einzelnen nachfolgend § 21 I D.
25 Pestalozzi, 9.
26 Übersicht über die Literatur bei Pestalozzi, 13 f.
27 Zöllner, 1.
28 Wenninger (Anm. 16), 36 f.
29 Pestalozzi, 11.

ist es, die gesamte Stimmkraft, die im Rahmen eines Personenverbandes zu vergeben ist, in bestimmten Quoten auf die einzelnen Stimmrechtsträger zu verteilen"[30]. Die genaue Art der Stimmrechtsbemessung kann der Gesetzgeber zwingend oder nur dispositiv vorschreiben[31,32]; um Missbräuche zu vermeiden, werden sich meist aber Minimalregeln aufdrängen, wobei diese an einer wesenstypischen Eigenschaft der betreffenden Gemeinschaft anzuknüpfen haben; in ihr müssen zugleich auch die vertraglichen Ausgestaltungen ihre Grenze finden.

B Die gesetzliche Regelung

1. Bei Abstimmungen und Wahlen gilt sowohl in der Schweiz wie in Deutschland grundsätzlich das Kopfstimmenprinzip[33]. Bei WEG 25 II geht dies direkt aus dem Gesetzeswortlaut hervor[34]. Aber auch für das schweizerische Recht ergibt sich nichts anderes: Die Stockwerkeigentümer bilden eine auf ein bestimmtes Objekt bezogene Personengemeinschaft; diesem Wesen und dieser Struktur entspricht das Kopfstimmrecht eher als das Wertquotenstimmrecht; dazu kommt, dass mehrfach von der Mehrheit nach Miteigentümern und der Mehrheit nach Anteilen gesprochen wird, was nur bei einem an sich geltenden Kopfstimmenprinzip sinnvoll ist, und dass die ökonomische Mehrheit im Rahmen der qualifizierten Beschlussfassung ohnehin ein verstärktes Gewicht hat. Das Kopfstimmenprinzip gilt somit m.E. nicht auf Grund des Verweises von ZGB 712m II auf das Vereinsrecht (ZGB 67), sondern kraft des Charakters der Stockwerkeigentümergemeinschaft[35].

Mit dem Kopfstimmenprinzip soll gesetzgeberisch verhindert werden, dass ein Stockwerkeigentümer mit einem grossen Anteil die anderen majorisieren kann. Dieselben Überlegungen treffen aber ebenso zu, wenn einem Stockwerkeigentümer mehrere Eigentumswohnungen gehören: Auch wer mehrere Einheiten besitzt, hat nach unbestrittener Lehre nur eine Stimme[36]. Dies geht zwar nicht direkt aus dem Gesetz hervor, entspricht aber der Struktur des Stockwerkeigentums, wonach sich die einzelnen qualifizierten Miteigentümer als grundsätzlich gleichberechtigte Personen gegenüberstehen. Des weitern kommt dieser Grundsatz m.E. auch dann zum Tragen, wenn ein Stockwerkeigentümer seine grosse Einheit in mehrere kleine unterteilt (soweit dies technisch möglich ist und die allgemeinen Anforderungen wie

30 Pestalozzi, 18; ebenso Wenninger (Anm. 16), 54.
31 So sieht etwa das schweizerische Vereinsrecht das Kopfstimmenprinzip dispositiv (ZGB 67 I), das Genossenschaftsrecht hingegen zwingend vor (OR 885).
32 Zur Frage des Einstimmigkeits- bzw. Mehrheitsprinzips im speziellen vgl. hinten § 22 IV A 3.
33 Friedrich, § 34, N 1; Ch. Müller, 91; Flattet, 1966, 27; Peter-Ruetschi, Erfahrungen, 16; Bärmann/Pick, § 25, N 11; Weitnauer/Wirths, § 25, N 2; Staudinger/Ring, § 25, N 3; Gerhard Zoebe, Das Stimmrecht in der Eigentümerversammlung, Der Wohnungseigentümer 1977, 100 ff.
34 "Jeder Wohnungseigentümer hat eine Stimme."
35 Vgl. Friedrich, SJK 1304, 6; Michaud, 36.
36 Friedrich, § 32, N 5; Ch. Müller, 92; Michaud, 36 f; Magnenat, 110; Bärmann/Pick, Vorbem. zu § 20, N 18 und § 25, N 12; Weitnauer/Wirths, § 25, N 2; LG Hamburg, 29.3.1974, NJW 1974, 1911.

Abgeschlossenheit und eigener Zugang gewahrt bleiben)[37]: In analoger Anwendung zu WEG 25 II 2 (für die Schweiz gilt, wie erwähnt, ungeschrieben derselbe Grundsatz) haben nun die verschiedenen neuen Stockwerkeigentümer gemeinsam nur eine Stimme, die sie einheitlich auszuüben haben[38]. Dies erscheint deshalb als sachgerecht, weil es nicht im Belieben eines Stockwerkeigentümers stehen soll, eine allenfalls recht weitgehende Veränderung der Mehrheitsverhältnisse herbeizuführen, die zu einer Einbusse oder Verschlechterung der Rechtsposition der anderen Stockwerkeigentümer führt. Würde z.B. in einem Dreifamilienhaus ein Stockwerkeigentümer seine Wohnung dreiteilen und zwei Einheiten davon seinen beiden Kindern schenken, könnte er durch diesen Vorgang bei anderer Auslegung die Mehrheit in der Versammlung gewinnen, was dann noch besonders stossend wäre, wenn er seine unmündigen Kinder in dieser vertreten darf. Etwas anderes gilt m.E. jedoch für den Fall, dass ein Gemeinschafter anfänglich zwei – getrennt konzipierte – Eigentumswohnungen kauft und die eine später weiterverkauft, weil die übrigen Beteiligten in guten Treuen damit rechnen mussten, dass jede geplante Einheit einmal verselbständigt würde.

2. Die Bemessung des Stimmrechts nach Köpfen ist jedoch nicht zwingend; diese Ordnung gilt nur, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart worden ist[39]. Vorbehalten bleiben zudem die übrigen zwingenden Bestimmungen[40]. Zu einer solchen vom Gesetz abweichenden Regelung bedarf es eines einstimmigen Beschlusses. Auch wenn das Kopfstimmenprinzip dem Wesen des Stockwerkeigentums wohl eher entspricht, gibt es dennoch Fälle, in denen der Wert der Anteile so unterschiedlich ist, dass diese Tatsache nicht unberücksichtigt bleiben kann; indem das Gesetz das Kopfstimmenprinzip nicht als allein massgebend bezeichnet, räumt es den einzelnen Stockwerkeigentümergemeinschaften die Möglichkeit ein, die ihren konkreten Verhältnissen angepassteste Stimmrechtsregelung zu treffen. Diese Chance, das Wertquotenstimmrecht einzuführen, nützt die Praxis häufig aus: Vor allem in grösseren Gemeinschaften wird oft vom Kopfstimmrecht abgewichen[41].

37 Vgl. auch vorne § 9 III B 3 a.

38 Ohne Stellungnahme der BGH, 17.1.1968, BGHZ 49, 256 f; bejahend die Anmerkung von Johannes Bärmann zum Urteil, JZ 1968, 565.

39 Friedrich, § 34, N 13; Michaud, 36; Bärmann/Pick, § 25, N 3; dasselbe trifft für den Verein zu, gemäss OR 885 nicht aber für die Genossenschaft (vgl. Egger, Art. 66/67, N 10; Heini, 545; Bundesgericht, 10.11.1964, BGE 90 II 342). Für den zwingenden Charakter des Kopfstimmenprinzips nur Peter-Ruetschi, Das Stimmrecht der Stockwerkeigentümer (NZZ vom 21.2.1968, S. 3 mit Entgegnung von Kurt Meyer, NZZ vom 27.2.1968, S. 3) sowie dies., Umstrittenes Mitspracherecht des Stockwerkeigentümers (NZZ vom 3.1.1969, S. 11 mit Entgegnung von Peter Liver, NZZ vom 6.1.1969, S. 13); die Erwägungen v.a. im zweiten Beitrag zeigen jedoch immerhin die Problematik des Wertquotenstimmrechts in gewissen Fällen, was es bei der Frage der Grenzen der Stimmrechtsgestaltung z.B. unter dem Treu und Glauben-Gesichtspunkt zu berücksichtigen gilt.

40 Z.B. ZGB 712g III, 647e II.

41 Nach Bopp, 142 trifft dies überwiegend für die Wohnungseigentümergemeinschaften in der Stadt Karlsruhe zu. Zu ähnlichen Ergebnissen bin ich bei einer – zwar nicht repräsentativen – Umfrage im Raume Zürich gekommen.

C Überblick über die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten

1. Angesichts der Dispositivität des Rechts sind die Beteiligten in der Ausgestaltung der Stimmrechtsordnung frei, soweit sie dabei nicht gegen zwingendes Recht, insbesondere gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstossen (Rechtsmissbrauch, Sittenwidrigkeit, übermässige Beschränkung der Persönlichkeit).

In der Gemeinschaftsordnung (bzw. im Reglement) können etwa folgende Anordnungen getroffen werden[42]:

- Generelle Bemessung des Stimmrechts nach den Stockwerkeinheiten (pro Wohnung eine Stimme); je nach der Verteilung der Wohnungen kann diese Regelung jedoch problematisch sein[43].
- Generelle Bemessung des Stimmrechts nach den Anteilen (Wertquotenstimmrecht, entsprechend dem Aktienrecht) unter vollständigem Verzicht auf das Kopfstimmenprinzip. Dies wird sich v.a. in solchen Fragen aufdrängen, die unmittelbar finanzielle Kostenpflichten zur Folge haben.
- Gleichzeitige Berücksichtigung der Kopf- und der Wertquotenstimmen, indem die Mehrheit der Stockwerkeigentümer auch über die Mehrheit der Anteile verfügen muss[44].
- Aufspaltung der Stimmrechtszuständigkeit je nach der zur Debatte stehenden Angelegenheit.

Die letztgenannte Regelung würde wohl, jedenfalls wenn sie sorgfältig konzipiert und ausgefeilt ist, den Bedürfnissen der Stockwerkeigentümer am ehesten entsprechen und den höchsten Grad an ausgleichender Gerechtigkeit erreichen. Problematisch ist jedoch eine solche Lösung dann, wenn vor jeder Abstimmung zuerst eine lange Auseinandersetzung darüber stattfindet, nach welchem Modus nun abzustimmen sei; vermeiden lässt sich dies nur, wenn bereits die Gemeinschaftsordnung möglichst viele Fälle regelt (alle denkbaren Fragen können ohnehin nicht erfasst werden): Eine Richtlinie wäre dabei z.B., die Stimmkraft bei der Anordnung baulicher Massnahmen als Korrelat zur Lastentragungspflicht auszugestalten, wodurch ein Bewohner des Erdgeschosses, der keine Beiträge an den gemeinsamen Lift zahlt, in solchen Fragen auch nicht stimmberechtigt ist. Dagegen drängt sich bei der Ausarbeitung der Hausordnung, die sich vornehmlich mit allgemeinen Verhaltensanordnungen befasst (Gebrauch und Nutzung der gemeinschaftlichen Teile, Rücksichtspflichten bei der Nutzung der zu Sonderrecht ausgeschiedenen Teile), eher das Kopfstimmenprinzip auf, weil dadurch alle Stockwerkeigentümer etwa gleich betroffen werden.

Hauptziel einer auf die Dauer angelegten Vereinbarung muss es sein, einen gerechten Ausgleich zwischen der personellen Mehrheit, die nur eine Minderheit der Anteile auf sich vereinigt, sowie der ökonomischen Mehrheit, die zahlenmässig in der Minderheit ist, zu finden, indem sie die Gefahr einer institutionalisierten Majorisierung vermeidet und indem sie versucht, das stärkere Interesse und entsprechend

42 Vgl. auch die Ansätze bei Friedrich, § 24, N 13.
43 Dazu hinten § 21 I D.
44 Neben dieser Erschwerung sind auch Erleichterungen dort zulässig, wo das Gesetz das qualifizierte Mehr nicht für zwingend erklärt.

die grössere Nutzung sowohl in einem verstärkten Stimmrecht wie auch in grösseren Lastenbeiträgen zum Ausdruck zu bringen[45].

2. Ein besonderes Problem stellt sich dort, wo nur zwei Stockwerkeigentümer vorhanden sind: Ist das Kopfstimmen- oder das Anteilsprinzip vorzuziehen? Bei Meinungsverschiedenheiten führt das erste wegen Stimmengleichheit zu einer Stagnation, das zweite zu einer Beherrschung des Schwächeren durch den Stärkeren. Bei einem Entscheid in dieser Frage wird man die praktischen Folgen einer solchen Situation vor Augen behalten müssen: Bei Stimmengleichheit muss derjenige den Richter anrufen, der eine bestimmte Massnahme oder Verwaltungshandlung vornehmen will, während im Falle der Majorisierung der Schwächere die Beschlüsse des Stärkeren mit der Begründung, der Grundsatz der ordnungsmässigen Verwaltung sei nicht gewahrt (WEG 21 IV[46]), anfechten muss. Angesichts dieser Ausgangslage ist m.E. davon auszugehen, dass grundsätzlich das Kopfstimmenprinzip gelten muss, will man nicht – wegen krass unterschiedlicher Wertquotenverteilung – den Schwächeren von vorneherein in eine sehr untergeordnete (fast hoffnungslose) Lage versetzen.

3. Die Stockwerkeigentümer können auch untereinander Stimmrechtsbindungsverträge und mit Dritten Stimmrechtsausübungsverträge abschliessen[47]. Ihre Grenze finden solche Verträge dort, wo sie über das Wesen des Stockwerkeigentumsrechts hinausgehen[48], rechtsmissbräuchlich sind[49] oder gegen die guten Sitten verstossen[50]. Zudem gilt die Stimme so, wie sie tatsächlich abgegeben wurde, und nicht so, wie sie auf Grund des entsprechenden Vertrages hätte abgegeben werden sollen[51].

D Grenzen vertraglicher Stimmrechtsgestaltung

1. Jeder gesellschaftliche Zusammenschluss birgt die Gefahr in sich, dass die Macht, die einem einzelnen oder einer Gruppe zukommt, statt zum Wohle der Gemeinschaft zu rein egoistischen Zwecken ausgenutzt wird[52]. Zwar bringt es die Vertragsfreiheit als positive Möglichkeit mit sich, dass in ihrem Bereich durch eine sinnvolle

45 Vgl. auch Bärmann/Pick, § 25, N 14.

46 Vorne § 19 II.

47 Solche Verträge haben nur die Ausübung des Rechts zum Gegenstand, während das Recht selber als solches trotz der vertraglichen Bindung beim Stockwerkeigentümer bleibt (Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 2, N 23). Zum Aktionärbindungsvertrag, dessen von der Literatur erarbeitete Ausgestaltung cum grano salis auch für das Stockwerkeigentum gilt, die Referate von Robert Patry und Hans Glattfelder zum Schweiz. Juristentag 1959, ZSR 1959 II 1a ff, sowie Jürgen Dohm, Les accords sur l'exercise du droit de vote de l'actionnaire, Diss. Genève 1971.

48 Bärmann/Pick, § 25, N 19 f.

49 Glattfelder (Anm. 47), 263a ff.

50 Glattfelder (Anm. 47), 269a ff.

51 Handelsgericht Zürich, 26.3.1970, ZR 1970, Nr. 101; von Steiger, AG, 211; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 20, N 35 ff; Soergel/Baur, § 25, N 5.

52 Pestalozzi, 227; Roland Mandel, Die richterliche Interessenabwägung in der Frage des aktienrechtlichen Minderheitsschutzes, Diss. St. Gallen/Basel 1974, 53 mit weiteren Literaturhinweisen.

Ausfüllung der Gestaltungsmöglichkeiten den verschiedenen Bedürfnissen der Beteiligten Rechnung getragen und dank der erhöhten Beweglichkeit der Rechtsfortbildung in besonderem Masse gedient werden kann; dennoch darf nicht übersehen werden, dass sich die ideale Vorstellung vom zweckmässigen Ausgleich entgegengesetzter Interessen im Sinne des Richtigen in weiten Bereichen nicht verwirklicht hat, und zwar überall dort nicht, wo sich unter den Vertragsbeteiligten eine ungleiche Machtlage herausbildete, die den Interessenausgleich durch Vertragsgestaltung verunmöglichte[53].

In stärkerem Masse als bisher muss sich deshalb die Erkenntnis durchsetzen, dass der Mehrheitsherrschaft Schranken gezogen sind und dass den einzelnen Mitgliedern von Personenvereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen zwingende Schutzrechte zustehen[54].

In der Schweiz ist dieses Problem des Minderheitenschutzes im Bereiche der Stockwerkeigentümergemeinschaften noch kaum diskutiert worden[55]. Demgegenüber hat in Deutschland Karstädt[56] bereits 1962 auf die Möglichkeiten des Missbrauchs der Vertragsfreiheit hingewiesen; Diester[57] ist ihm 1965 mit dem Vorschlag einer beschränkten Inhaltskontrolle gefolgt. In neuerer Zeit ist der Ruf nach einer Beschränkung missbräuchlich verwendeter Mehrheitsmacht vermehrt ertönt (auch wenn es sich meist um Globalhinweise und nicht um differenzierte Auseinandersetzungen handelt[58]) und ist ihm jüngst in einem Gerichtsentscheid auch Nachdruck verliehen worden[59]. Von besonderer Bedeutung ist aber, dass vorformulierte Gemeinschaftsordnungen der Inhaltskontrolle des AGBG unterliegen können[60].

2. Die Gefahr der Verfolgung von Sonderinteressen sowie der Ausübung der für die Funktionsfähigkeit der Stockwerkeigentümergemeinschaft erforderlichen Ermessensfreiheit in schädlicher Weise liessen sich durch gesetzgeberische Anordnungen einschränken. Die verschiedenen Eingriffsmöglichkeiten ergeben folgendes Bild[61]:

53 Robert Fischer, Gedanken über einen Minderheitenschutz bei Personengesellschaften, in: Wirtschaftsfragen der Gegenwart, Festschrift für Carl Hans Barz, Berlin/New York 1974, 35, 37. Hinsichtlich der zweiseitigen Verträge vgl. statt vieler Ernst A. Kramer, Die "Krise" des liberalen Vertragsdenkens, München/Salzburg 1974, 19 ff, 48 ff.

54 Im schweizerischen Aktienrecht ist dies in letzter Zeit in vermehrtem Masse geschehen; vgl. Rolf Bär, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZbJV 1959, 369 ff; Wolfhart F. Bürgi, Das Problem des Minderheitenschutzes im schweizerischen Aktienrecht, SAG 1956/57, 81 ff; Franz Peter Oesch, Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht, Diss. Bern 1971; John Nenninger, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1974; Mandel (Anm. 52); Meier-Hayoz/Zweifel; Pelli.

55 Einen Überblick habe ich in meinem Beitrag "Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum" (ZBGR 1979, 144 ff) zu geben versucht.

56 Karstädt, BlGBW 1962, 296 ff, 311 ff.

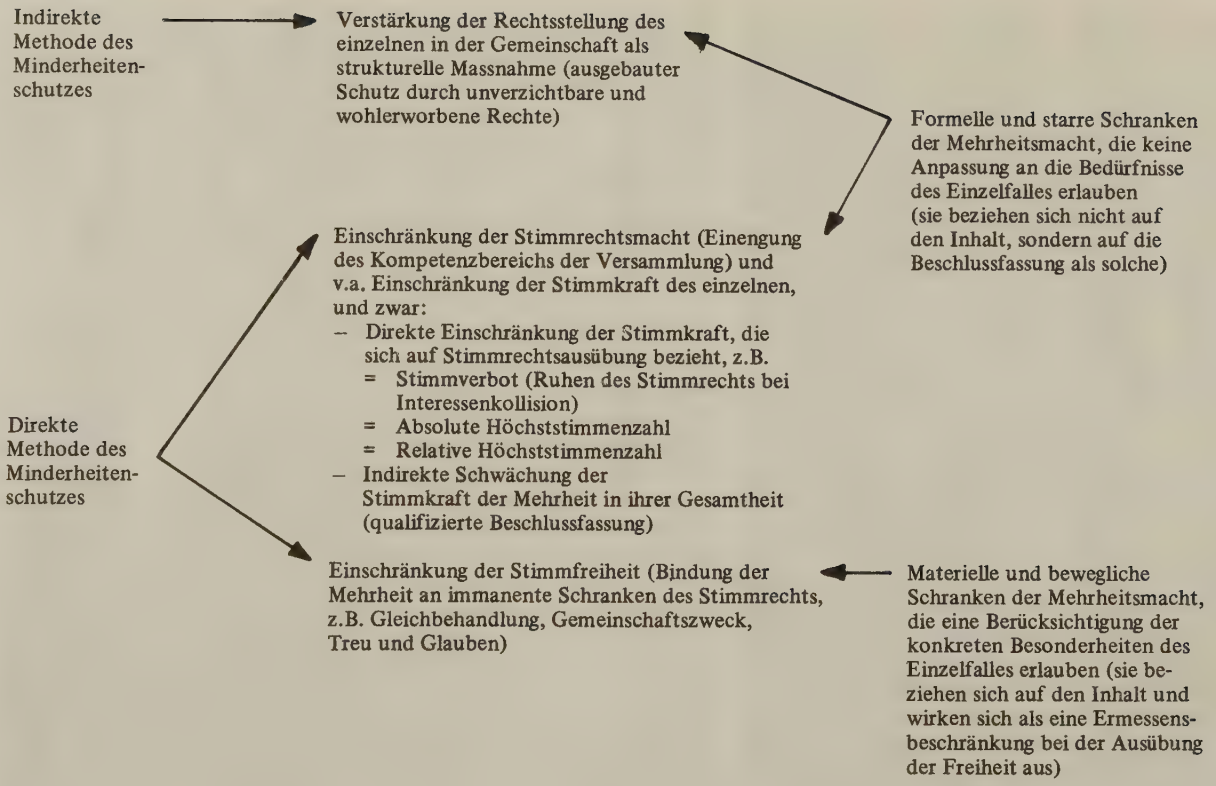
57 Diester, Rechtspfleger 1965, 208.

58 Vgl. etwa Bärmann/Pick, § 10, N 53; Weitnauer/Wirths, § 10, N 14f und g; Diester, Rechtspfleger 1965, 201 ff sowie NJW 1970, 1110 f; Bopp, 73 ff; Degenhart, 22.

59 OLG Hamm, 6.2.1978, Rechtspfleger 1978, 182 f.

60 Ulmer/Brandner/Hensen, § 23, N 23.

61 Vgl. Zöllner, 97 ff; Pelli, 3 ff.


Indirekte Methode des Minderheitenschutzes
Verstärkung der Rechtsstellung des einzelnen in der Gemeinschaft als strukturelle Massnahme (ausgebauter Schutz durch unverzichtbare und wohlerworbene Rechte)
Formelle und starre Schranken der Mehrheitsmacht, die keine Anpassung an die Bedürfnisse des Einzelfalles erlauben (sie beziehen sich nicht auf den Inhalt, sondern auf die Beschlussfassung als solche)
Direkte Methode des Minderheitenschutzes
Einschränkung der Stimmrechtsmacht (Einengung des Kompetenzbereichs der Versammlung) und v.a. Einschränkung der Stimmkraft des einzelnen, und zwar:
– Direkte Einschränkung der Stimmkraft, die sich auf Stimmrechtsausübung bezieht, z.B.
= Stimmverbot (Ruhen des Stimmrechts bei Interessenkollision)
= Absolute Höchststimmenzahl
= Relative Höchststimmenzahl
– Indirekte Schwächung der Stimmkraft der Mehrheit in ihrer Gesamtheit (qualifizierte Beschlussfassung)
Einschränkung der Stimmfreiheit (Bindung der Mehrheit an immanente Schranken des Stimmrechts, z.B. Gleichbehandlung, Gemeinschaftszweck, Treu und Glauben)
Materielle und bewegliche Schranken der Mehrheitsmacht, die eine Berücksichtigung der konkreten Besonderheiten des Einzelfalles erlauben (sie beziehen sich auf den Inhalt und wirken sich als eine Ermessensbeschränkung bei der Ausübung der Freiheit aus)

Eine gesetzliche Vorschrift, die eine bestimmte Stimmrechtsregelung in der Stockwerkeigentümergemeinschaft verbieten oder etwa Stimmkraftmaxima festlegen würde, ist weder im schweizerischen noch im deutschen Recht enthalten. Immerhin wäre die Einführung einer entsprechenden Anordnung ohne weiteres möglich[62]. Die beiden Rechte nehmen also mit der Anerkennung der Vertragsfreiheit deren missbräuchliche Verwendung in Kauf. Immerhin sind einerseits die zwingenden Vorschriften (z.B. hinsichtlich der Beschlussfassung) zu beachten und ist anderseits der unverzichtbare Charakter des Stimmrechts (wie auch des Teilnahmerechts) grundsätzlich anerkannt, weshalb der generelle Entzug dieser Rechte als ausgeschlossen erscheint. Insbesondere wird aber im folgenden zu prüfen sein, inwieweit die materiellen Schranken eine gewisse Wirksamkeit entfalten können.

3. Die immanenten Grenzen des Stimmrechts[63] zu umschreiben, fällt nicht leicht, weil diese nicht nur vom Gemeinschaftstyp, sondern von den konkreten Verhältnissen des Einzelfalles abhängen. Überdies sind die allgemeinen Grundsätze weder leicht zu fassen noch problemlos gegeneinander abzugrenzen. Dem "Kontrollorgan" (meist wird es sich um den Richter handeln) fällt deshalb ein hohes Mass an Ermessensspielraum und damit auch an Verantwortung zu, und zwar nicht nur, was den Entscheid als solchen betrifft, sondern auch hinsichtlich der anzuwendenden Rechtsgrundlage. Auch im Recht der Personenvereinigungen wird man deshalb die – soziale – Ausgleichsfunktion des Richters in noch höherem Masse anerkennen müssen[64].

Bereits im voraus ist deshalb die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Schweiz generell in Frage zu ziehen: In ständiger Praxis prüft nämlich das Bundesgericht die Vereinbarkeit von Mehrheitsbeschlüssen – in freiwilliger Beschränkung der eigenen Kognitionsbefugnis – etwa auf die Vereinbarkeit mit dem Gesellschaftsinteresse oder mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht frei, sondern nur im Hinblick auf das Vorliegen einer offenbaren Rechtsverletzung[65]. Das Bundesgericht prüft an sich gar nicht den Inhalt des Beschlusses (und kann damit auch nicht zu einer Abwägung der Interessen zwischen der Minderheit und der Mehrheit kommen), sondern es geht – zwar unausgesprochen – von der Vermutung aus, dass die von der Mehrheit getroffene Entscheidung grundsätzlich interessengerecht sei; damit wird faktisch dem Ermessen der Mehrheit alles erlaubt, was nicht geradezu willkürlich erscheint, d.h. was sich "nach dem Stande des Unternehmens durch wirtschaftliche Erwägungen schlechterdings nicht mehr rechtfertigen lässt"[66]! Diese Rechtsprechung ist nicht haltbar, will man nicht auf einen Minderheitenschutz weitgehend verzichten[67]. Die Zurückhaltung des Bundesgerichts kommt einer Kapitula-

62 So gilt im schweizerischen Recht bei der Genossenschaft zwingend das Kopfstimmenprinzip (OR 885); nach altOR 640 durfte ein Aktionär nicht mehr als einen Fünftel der vertretenen Stimmen auf sich vereinigen.

63 Vgl. Robert Fischer, Die Grenze bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, NJW 1954, 777.

64 Grundlegend immer noch Fritz Baur, Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, 193 ff.

65 Bundesgericht, 7.10.1969, BGE 95 II 567 und 3.4.1973, BGE 99 II 62 (sowie dort zitierte Rechtsprechung).

66 Bundesgericht, 24.1.1928, BGE 54 II 29.

67 Kritisch Bürgi (Anm. 54), 87 und allgemein Meier-Hayoz/Zweifel, 389 ff; ohne Stellungnahme Pelli, 12.

tion vor der Willkür der Mehrheit gleich. Es lässt sich nur vermuten, dass die höchsten Richter einer unheilvollen Parallele zum Staatsrecht erlegen sind: Angesichts der starken Bedeutung der Volksherrschaft in der Schweiz ist die Rechtsprechung mit Eingriffen in das demokratische Verfahren zurückhaltend (z.B. im Zweifel für die Gültigerklärung von Volksinitiativen und gegen die Kassierung von Abstimmungen). Die Gleichstellung wäre aber verfehlt: Für die Ordnung privatrechtlicher Gemeinschaftsverhältnisse müssen andere Massstäbe gelten, weil ihnen nicht der Nimbus des Allgemeinen anhaften kann; die Hemmung in Rücksicht auf den Demokratiegedanken im Zivilrecht ist nicht gerechtfertigt. Vielmehr hat der Richter abzuklären, inwieweit der Aufbau der Einzelmachtstellungen sowie die Ausübung der damit verbundenen Rechte mit der Gesamtrechtsordnung verträglich sind; im Staatsrecht kommt es denn auch nicht zu Fragen des Interessenausgleichs zwischen mehreren Rechtssubjekten, sondern allenfalls zum Problem, ob eine Mehrheit eine mit bestehendem, übergeordneten Recht nicht vereinbare Regelung treffen kann. Angesichts dieser strukturellen Unterschiede ist im folgenden davon auszugehen, dass die Kognitionsbefugnis des Richters umfassender zu sein hat.

Neben dem geschriebenen und ungeschriebenen zwingenden Recht kommen als richterliche Überprüfungsbasis folgende allgemeine Rechtsgrundsätze in Frage:

- Sittenwidrigkeit (OR 20; BGB 138);
- Treu und Glauben (ZGB 2; BGB 242);
- Verletzung der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit (ZGB 27)[68];
- Verstoss gegen billiges Ermessen (BGB 315)[69].

Am gewichtigsten ist dabei der Grundsatz von Treu und Glauben; nicht nur gehören ZGB 27 und BGB 315 materiell etwa in seinen Bereich, sondern unter ihn fallen – je nach der Betrachtungsweise[70] – verschiedene wesentliche Prinzipien (Gleichbehandlung, schonende Rechtsausübung, Institutsmissbrauch) und er dient häufig als Auffangbestimmung, wenn keine andere passende Rechtsnorm zu "finden" ist.

4. Weil Treu und Glauben die allgemeine Grundverhaltensnorm darstellt, wird der Richter – ohne dass es sich dogmatisch um eine lex specialis handeln würde – vorerst die Frage der Sittenwidrigkeit prüfen (OR 20; BGB 138). Sie ist das Regulativ gegen Missbräuche der Vertragsfreiheit, die gegen die anerkannten Wertanschauungen aller billig und gerecht Denkenden verstossen und somit ethisch nicht zu verantworten sind[71]. Nach überwiegender Lehre ist die Sittenwidrigkeit jedoch nur das äusserste Mittel zur Korrektur sozialwidrigen Verhaltens (Schutz der Mindestanforderungen, die durch die Rechtsmoral an das Handeln der einzelnen unbedingt gestellt werden); solange ihr Bereich nicht auf die Frage der sozialen Ungleichheit ausgedehnt wird[72], erweisen sich die Anwendungsmöglichkeiten im Recht der Per-

68 Das deutsche Recht kennt keine entsprechende Norm; immerhin wird die beschränkte Heranziehung von BGB 137 postuliert (vgl. Hermann Weitnauer, Die unverzichtbare Handlungsfreiheit, in: Festschrift für Friedrich Weber, Berlin/New York 1975, 429 ff).

69 Das schweizerische Recht kennt keine entsprechende Norm; immerhin übt in krassen Fällen ZGB 2 eine Ersatzfunktion aus (vgl. Merz, Einleitung, Art. 2, N 178).

70 Im einzelnen ist umstritten, ob die genannten Grundsätze aus ZGB 2/BGB 242 abzuleiten sind oder ob ihnen eine selbständige Bedeutung zukommt (vgl. nachfolgend 5 a und c).

71 Vorne § 4 II C.

72 Dazu Esser/Schmidt, 6, 86 f.

sonenvereinigungen deshalb als ziemlich beschränkt, zumal der Richter geneigt sein könnte, die Verhaltspflicht nach Treu und Glauben als Rechtsnorm vorzuziehen. Denkbare Beispiele sind aber immerhin die unsittliche Verfolgung gemeinschaftsfremder Interessen und insbesondere die Einräumung ungerechtfertigter Sondervorteile[73].

5. Im Mittelpunkt der Möglichkeiten, gegen Machtmissbräuche der Mehrheit einzuschreiten, steht ZGB 2/BGB 242: Es handelt sich dabei um eine Grundverhaltensnorm, die auf dem Leitmotiv des Vertrauens aufbaut[74]. Diese hat eine umfassende Bedeutung: In Gemeinschaftsverhältnissen darf ein Mitglied die rechtlich begründete Erwartung hegen, die anderen würden sich gemeinschaftskonform verhalten und sie brauchen die Durchsetzung einer Norm nur insoweit zu dulden, als sie mit der Zweckbestimmung der Gemeinschaft in Einklang steht. Im einzelnen ist aber eine feste Grenzziehung fast unmöglich, denn das Gebot von Treu und Glauben erhält seinen Inhalt erst durch die besonderen Verhältnisse, in welche die Beteiligten hineinversetzt sind[75].

Der Grundsatz von Treu und Glauben findet v.a. Anwendung bei der Auslegung von vertraglichen und gesetzlichen Rechten und Pflichten. Der Bereich der normberichtigenden Eingriffsmöglichkeiten des Richters ist in der Schweiz dagegen auf den offenbaren Rechtsmissbrauch beschränkt[76].

Demgegenüber stellt BGB 242 eine einheitliche und damit auch hinsichtlich der richterlichen Gestaltungsmöglichkeiten allgemein anwendbare Norm dar.

Die Bedeutung von ZGB 2/BGB 242 liegt weiter in der Tatsache, dass diese Norm teilweise als Rechtsgrundlage für allgemeine Prinzipien herangezogen wird. Dies ist zwar bei der Frage der Gleichbehandlung und des Institutsmissbrauchs nicht unproblematisch[77], eröffnet aber doch der Rechtsprechung Entwicklungsmöglichkeiten, die ihr mit der Anerkennung eines ungeschriebenen Grundsatzes weniger leichtfallen würden.

a) Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass keine sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierungen zwischen den einzelnen Gemeinschaftsmitgliedern vorgenommen werden. Ob es sich bei diesem Prinzip um einen Ausfluss des Gebots von Treu und Glauben oder um einen selbständigen Rechtsgrundsatz handelt, ist umstritten[78,79]. Die Frage kann in diesem Zusammenhang offenbleiben, weil im

73 Vgl. auch Zöllner, 288 ff.

74 Dazu Hans Merz, Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1977, 162 ff.

75 Siegwart, Einl. zur AG, N 97.

76 Vorne § 4 II D 3.

77 Dazu nachfolgend a und c.

78 Die Frage ist v.a. am Beispiel der Aktiengesellschaft abgehandelt worden: Die schweizerische Lehre neigt eher dazu, den Gleichbehandlungsgrundsatz unter ZGB 2 zu subsumieren (vgl. Merz, Einleitung, Art. 2, N 323 ff, 327 sowie Schluep, 320 ff), während die deutsche Lehre mehr die Ansicht der selbständigen Bedeutung vertritt (vgl. Hueck, 107 ff, 323 ff und Zöllner, 307 ff); weitere Literaturangaben finden sich bei Heinrich Stockmann, Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart F. Bürgi, Zürich 1971, 389 f, Anm. 4 und 5.

79 Im Bereich des Stockwerkeigentums leiten K. Müller (45) und Studer (33) den Gleichbehandlungsgrundsatz aus ZGB 2 ab; ihnen hat Liver (ZbJV 1965, 309) widersprochen.

Ergebnis in beiden Fällen die Auslegung der sachlichen Rechtfertigung der ungleichen Behandlung ausschlaggebend ist.

Konkret bedeutet der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass zum Schutze der Minderheit für die Mehrheit insoweit eine Abstimmungsschranke besteht, als die Folgen eines Beschlusses für alle Beteiligten gleich sein müssen: So wäre es etwa unzulässig, wenn in der Frage der Beitragspflicht bei den einen die Bruttogeschossfläche unter Einbezug der Küche, bei den andern aber unter Ausschluss der Küche berechnet würde. Als unhaltbar erscheint auch die ungerechtfertigte Einräumung von Sondernutzungsrechten (Gebrauchsrechten) an einzelne oder die nicht durch sachliche Gründe geforderte Erschwerung der Ausübung von Mitwirkungsrechten einer bestimmten Minderheitengruppe. Eine ungleiche Behandlung ist jedoch unter Bezugnahme auf die unterschiedliche Beschaffenheit der Anteile möglich[80].

b) Eine zweckwidrige Rechtsausübung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben kann auch darin bestehen, dass die Mehrheit Beschlüsse fasst, die zwar nicht gemeinschaftsfremd, aber doch für die Minderheit unnötig nachteilig sind. In Deutschland ist dieser "Grundsatz des schonenden Mittels" schon seit einiger Zeit anerkannt[81]; demgegenüber beginnt er sich in der Schweiz erst durchzusetzen[82]. Die Gemeinschafter haben dabei die Pflicht zur höchstmöglichen Rücksichtnahme auf die mitgliedschaftlichen Interessen der Mitgemeinschafter. Die formale Rechtsstellung der Mehrheit und das damit verbundene Ermessen, das einem Machtträger zur Verfolgung übergeordneter Interessen eingeräumt ist, wird von innen her begrenzt[83]. Beim privatrechtlichen Grundsatz der schonenden Rechtsausübung werden also der Grundsatz der Notwendigkeit (Verbot des Übermasses) und das Verhältnismässigkeitsprinzip aus dem öffentlichen Recht sinngemäss übernommen. Damit von einer Verpflichtung zu einer schonenderen Rechtsausübung gesprochen werden kann, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein, nämlich eine allgemeine (Vorliegen einer Schädigung bzw. offensichtlichen Benachteiligung der Minderheit), eine objektive (Existenz einer – gleichwertigen – Schonungsmöglichkeit[84]) und eine subjektive (Zumutbarkeit der schonenderen Lösung für die Mehrheit)[85]. Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung ist verwandt mit dem Prinzip des "civiliter uti" im Dienstbarkeitsrecht; so betrachtet ergibt sich auch die selbständige Bedeutung neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz klar. Die Verbindung des sachenrechtlichen Prinzips mit den Entscheidungsstrukturen des Rechts der Gemeinschaften ermöglicht eine subtilere Interessenabwägung und eine differenziertere Erfassung des Machtmissbrauches: Mehrheitsbeschlüsse, die – formal zwar richtig – Minderheitsrechte erheblich beeinträchtigen, gelten somit nicht als rechts-

80 Eingehender (mit Beispiel-Katalog) Weber, ZBGR 1979, 165 f.

81 Zöllner, 352 f; Erich Fechner/Peter Schneider, Verfassungswidrigkeit und Rechtsmissbrauch im Aktienrecht, Tübingen 1960, 12 f, 40 ff.

82 Das Verdienst dabei kommt insbesondere Meier-Hayoz/Zweifel zu, die den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung anhand des "Weltwoche-Falles" des Bundesgerichts (BGE 99 II 55 ff) überzeugend exemplifiziert haben. Ansätze finden sich früher schon bei Schluep, 319 ff, Oesch (Anm. 54), 186 f und Merz, Einleitung, Art. 2, N 326, 393 ff; eingehend befasst sich nun auch Pelli mit diesem Prinzip.

83 Pelli, 52; Zöllner, 351.

84 Es muss die Wahl zwischen zwei Massnahmen offenstehen, wobei die nicht gewählte ebenso nützlich ist wie die gewählte, aber die Interessen der Minderheit besser schont.

85 Pelli, 78 ff.

beständig, wenn der im Interesse aller liegende Zweck auch auf einem die Minderheit weniger benachteiligenden Weg ohne unzumutbare Tangierung der Mehrheitsinteressen erreichbar ist[86]. Gerade bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft, die wenig "Unternehmensinteressen" aufweist (nur Erhaltung des Werts und der Gebrauchsfähigkeit des Gebäudes), liesse sich der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung in besonderem Masse fruchtbar machen.

c) Am häufigsten wird erwähnt, die Einräumung der Vertragsfreiheit an die Parteien dürfe nicht zu einer völligen Aushöhlung des Stockwerkeigentums führen; die Stimmrechtsregelung müsse sich im Rahmen des Grundcharakters der von den Stockwerkeigentümern gebildeten Gemeinschaft halten (keine übermässige Beeinträchtigung der personenrechtlichen Gemeinschafterstellung als notwendiges Element des Stockwerkeigentums)[87]. Damit wird der Gedanke des Institutsmissbrauchs angesprochen: Die Parteien haben das Rechtsinstitut "Stockwerkeigentum" in einer solchen Weise zu gebrauchen, die seiner immanenten Zwecksetzung entspricht; die Ausübung der subjektiven Rechte, insbesondere des Stimmrechts, hat sich in die objektiven, mit der Ordnung des Rechtsinstitutes gegebenen Zwecke einzuordnen[88]. Die dogmatische Erfassung des Institutsmissbrauchs ist aber nach wie vor nicht eindeutig geklärt: Auf der einen Seite wird er als Rechtsmissbrauch und Verstoss gegen Treu und Glauben, auf der anderen Seite als Verletzung zwingenden Rechts bezeichnet. Anerkennt man "das" bestimmte Institut als etwas Feststehendes (wenn auch in den Einzelheiten Auslegungsbedürftiges), erscheint die Überschreitung seiner Grenzen konsequenterweise nicht als rechtsmissbräuchliche Verwendung eigenen Ermessens oder als treuwidriges Verhalten, sondern als Verletzung einer konkreten – zwar ungeschriebenen – Norm[89].

Obwohl sich die Mitgliedschaftsrechte aus der Eigentümerstellung ergeben, besteht hinsichtlich der Aushöhlung keine Gleichstellung zwischen der Rechtsausübung und der Mitwirkung: Sichergestellt wird nicht ein minimales Mass an freien Nutzungsmöglichkeiten, sondern die Tatsache der Beteiligung am Entscheidungsverfahren. Institutswidrig wäre deshalb der Entzug aller Mitwirkungsrechte, weil damit dem einzelnen die Verantwortungs- und Kontrollmöglichkeiten genommen würden. Dasselbe gilt für den Fall der Stimmrechtshäufung: Kommt einem Mitglied eine beherrschende, die anderen Gemeinschafter dominierende Stellung zu, fehlt diesen die faktische Entscheidungsmöglichkeit, weshalb ihr Stimmrecht als völlig ausgehöhlt und formal erscheint[90].

d) In Frage kommt weiter die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben, verstanden im Sinne der Erwartung treugemässen Verhaltens. In der Schweiz ist nach der herrschenden Lehre ein normberichtigendes Eingreifen des Richters, gestützt auf ZGB 2 I, jedoch unzulässig; der Wirkungsbereich bleibt deshalb beschränkt auf die Vertragsauslegung und -ergänzung. Anwendbar wären aber jeden-

86 Meier-Hayoz/Zweifel, 393.
87 Bärmann/Pick, § 10, N 53; Bopp, 73 ff; Diester, NJW 1970, 1111 und NJW 1971, 1155; OLG Hamm, 25.6.1975, Rechtspfleger 1975, 402 und dort zitierte weitere Literatur.
88 Eingehender dazu Weber, ZBGR 1979, 159 ff.
89 Damit wären auch die Rechtsfolgen eindeutiger geklärt: Die Verletzung einer zwingenden Norm führt zur Nichtigkeit (OR 20/BGB 134).
90 Weber, ZBGR 1979, 162 f; OLG Hamm, 6.2.1978, Rechtspfleger 1978, 182 f.

falls die Unklarheiten- und die Ungewöhnlichkeitsregel[91]: Eine einseitige Inhaltsgestaltung und Interessenwahrnehmung durch den die Gemeinschaftserlasse aufstellenden Bauträger erscheint deshalb nur insoweit schutzwürdig, als den meist rechtsunkundigen Erwerbern von Eigentumswohnungen die Einschränkung ihrer Rechte nach Art und Umfang ohne weiteres erkennbar ist und sich keine unübersehbaren und überraschenden Vertragsklauseln vorfinden.

Neben BGB 242 kann in Deutschland, das die Inhaltskontrolle schon seit einiger Zeit anerkannt hat[92], auch BGB 315 zur Anwendung kommen. Inwieweit dieser Grundsatz des billigen Ermessens neben der Inhaltskontrolle des AGBG, dem auch einseitig aufgestellte Gemeinschaftsordnungen unterstehen[93], eine eigenständige Bedeutung haben kann, wird die Rechtsprechung der nächsten Jahre zeigen. Das billige Ermessen liegt dabei in der berechtigten Erwartung des einen und in der Verpflichtung des anderen, ihm zukommende Machtbefugnisse nicht zum Nachteil des Partners auszunützen, solange dieser nicht freiwillig und in voller Kenntnis der Tragweite ihm diese Möglichkeiten zugesteht; dabei unterliegen nach herrschender Lehre einseitig in Anspruch genommene Autonomiebefugnisse inhaltlich engeren Anforderungen an Treu und Glauben und einer schärferen Nachprüfung als Einzelverträge[94]. Dies liegt darin begründet, dass zwar der Ersteller einer einseitig erlassenen Gemeinschaftsordnung keine Befugnisse an sich reisst, aber doch generell allen möglichen Vertragspartnern eine selbständige Einflussnahme verwehrt.

Der Grundsatz von ZGB 2 liesse sich auch in der Schweiz in vermehrtem Masse fruchtbar machen. Die Hindernisse liegen dabei v.a. in der heute noch starken Klammerung an eine formal verstandene Privatautonomie: Die Zurückhaltung vor Eingriffen in Verträge und Gesellschaftsverhältnisse liegt in der Befürchtung begründet, mit der Anerkennung richterlicher Gestaltungsmöglichkeiten werde das Privatrechtssystem aus den Angeln gehoben[95]. Diese Scheu erscheint aber nicht als generell gerechtfertigt: Wird der Ausnützung materiell missbräuchlicher Machtstellungen tatenlos zugesehen, besteht das Risiko, dass sich der Gesetzgeber gezwungen sieht, mit zwingendem Recht einzugreifen[96]. Es wäre deshalb m.E. wünschenswert, die Grundsatz-Funktion von ZGB 2 in weiteren Bereichen zu aktivieren[97].

6. In mehreren neueren Entscheiden ist in Deutschland die Frage missbräuchlicher Mehrheitsmacht bereits zur Diskussion gestanden. Die Wirksamkeit einer Stimmrechtsregelung ist dabei unter dem Gesichtspunkt geprüft worden, ob einem Eigentümer eine völlig beherrschende, die anderen Wohnungseigentümer in jeder Beziehung majorisierende Stellung eingeräumt werde und deshalb eine unzulässige Rechtsausübung vorliege. Dies ist für den Fall der generellen Einführung des Wertquotenstimmrechts verneint worden[98], ebenso für einen Fall, in dem der Mehrheits-

91 Vorne § 4 II D 3.
92 Vorne § 4 II D 2.
93 Ulmer/Brandner/Hensen, § 23, N 23.
94 Bopp, 76.
95 Vgl. etwa Merz, Einleitung, Art. 2, N 24, 251.
96 So ist der schweizerische Gesetzgeber mit einem eingehenden, die Konsumenten schützenden Kleinkreditgesetz an die Öffentlichkeit getreten.
97 Ansätze dazu bei Weber, ZBGR 1979, 170 ff.
98 OLG Hamm, 25.6.1975, Rechtspfleger 1975, 182.

eigentümer 10 von 45 Stimmen innehatte[99]. In einem Beispiel ist der Rechtsmissbrauch jedoch bejaht worden[100]:

Ein Rechtsmissbrauch liegt dann vor, wenn der teilende Eigentümer sein absolutes Stimmenübergewicht dafür einsetzt, um einen Verwalter zu wählen, mit dem eine enge Interessenverknüpfung besteht und auf den er einen beherrschenden Einfluss ausübt, denn in diesem Fall kann er die Durchsetzung jedes andersgerichteten Willens verhindern. Das Wertprinzip mag zwar angemessen sein bei Fragen der Erhaltung des Gebäudes wegen des stärkeren Interesses (Beitragspflicht); hingegen hat die Wahl des Verwalters wenig Beziehungen zum Wert des einzelnen Wohnungseigentums, weil die Frage, ob ein Verwalter geeignet oder ungeeignet ist, sich unabhängig davon beantworten lässt.

Der angenommene Rechtsmissbrauch führt bei der konkreten Wahl nach Ansicht des OLG Hamm zu einer Stimmrechtsbeschränkung derart, dass dem Wohnungseigentümer mit dem absoluten Stimmenübergewicht nur noch eine Sperrminorität zusteht. Das Gesetz enthält zwar keine Anhaltspunkte für das Ausmass einer solchen von Treu und Glauben geforderten Einschränkung. Die Reduzierung der Stimmenzahl auf 25% stellt jedoch einen angemessenen Ausgleich der Interessen des nach dem Wertprinzip beherrschenden Wohnungseigentümers und der übrigen Gemeinschafter bei der Herbeiführung einer sinnvollen Gesamtwillensbildung aller dar; der einzelne darf nämlich beim Erwerb davon ausgehen, dass eine gewisse Streuung der Eigentumsverhältnisse und damit die Möglichkeit eines demokratischen Entscheidungsverfahrens herbeigeführt wird.

Die Grenzen vertraglicher Stimmrechtsgestaltung sind also fliessend: Es kommt nicht nur auf die Verteilung der Stimmen im Einzelfall, sondern ebenso auf den Beschlussfassungsgegenstand an. Problematisch erscheinen deshalb etwa folgende Regelungen:

- Generelles Wertquotenstimmrecht, wobei ein Stockwerkeigentümer über die Mehrheit der Anteile verfügt, in Angelegenheiten, die kaum einen Bezug zur Grösse der Beteiligung haben (Verwalterbestellung, Erlass der Hausordnung).
- Generelle Auslegung des Kopfstimmrechts nach Stockwerkeinheiten: Dies erscheint v.a. dann unzulässig, wenn qualifizierte Beschlussfassungsvorschriften unterlaufen werden sollen, weil die Hälfte der Personen nicht mit der Hälfte der Wohnungen gleichzusetzen ist (naturgemäss verfügt der Inhaber zweier Wohnungen auch über eine höhere Wertquote).
- Nicht gerechtfertigt ist auch eine Stimmrechtsregelung, die dem Haupt-Stockwerkeigentümer bei jedem Beschluss faktisch ein Vetorecht einräumen würde.

II Schranken der Stimmberechtigung

A Verzicht auf das Stimmrecht

Ein allgemeiner Verzicht auf das Stimmrecht im vorhinein ist nicht möglich[101]; das Stimmrecht ist untrennbar mit dem Miteigentumsanteil an der gemeinschaftlichen Sache verbunden und kann weder durch generellen Verzicht noch durch Abtretung

99 KG, 25.3.1977, Rechtspfleger 1978, 25.
100 OLG Hamm, 6.2.1978, Rechtspfleger 1978, 182 f.
101 BayObLG, 9.2.1965, NJW 1965, 822; Bärmann/Pick, § 25, N 32.

davon (als solches allein) abgespalten werden. Hingegen ist der Verzicht in Form der Nichtausübung des Stimmrechts im Einzelfall möglich und zulässig.

B Ausschluss vom Stimmrecht

Kein Stimmrecht hat der Stockwerkeigentümer, wenn die anderen über seinen Ausschluss aus der Gemeinschaft befinden (ZGB 649b II; WEG 18)[102]. Hingegen ist der Betroffene während der Rechtshängigkeit des Ausschlussverfahrens und m.E. auch nach dem Urteil bis zur Veräusserung der Einheit (vorbehältlich einer anderslautenden richterlichen Anordnung) stimmberechtigt[103].

C Ruhen des Stimmrechts

1. Nach WEG 25 V ist ein Wohnungseigentümer nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums bezüglichen Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits der anderen Wohnungseigentümer gegen ihn betrifft. Im schweizerischen Stockwerkeigentumsrecht fehlt eine die Interessenkollision betreffende ausdrückliche Bestimmung, weshalb nach einer anderen Rechtsgrundlage Ausschau gehalten werden muss. Schliesslich fragt sich, ob die Gemeinschaftsordnung weitere Fälle des Ruhens des Stimmrechts vorsehen kann und wo allenfalls deren Grenzen liegen.

2. Hauptfall der Interessenkollision nach WEG 25 V ist der Abschluss eines Rechtsgeschäftes des Wohnungseigentümers mit der Gemeinschaft, das sich auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums bezieht. In Frage kommen sowohl ein- wie zweiseitige Verträge, andere Rechtshandlungen (Kündigung, Rücktritt) sowie Vorstellungs-(Anzeigen) und Willensäusserungen (Mahnungen,Fristansetzungen), nicht aber Tathandlungen (Vermischung, Besitzerwerb, Fund)[104].

Das Stimmrecht ruht auch, wenn der Wohnungseigentümer nach Durchführung einer Angelegenheit durch einen Versammlungsbeschluss von Verbindlichkeiten befreit oder entlastet werden soll. Dieser Grundsatz gilt insbesondere für den Verwalter, der – als Wohnungseigentümer – beim Beschluss über seine Décharge nach unumstrittener Lehre[105] nicht mitstimmen darf[106].

102 Im schweizerischen Recht ergibt sich dies aus dem Gesetzeswortlaut, im deutschen entspricht es einhelliger Lehre (Friedrich, § 51, N 7; Weitnauer/Wirths, § 25, N 9; vgl. auch hinten § 32 III A 4).

103 Der Ausgeschlossene bleibt bis zur Veräusserung der Einheit Mitglied der Gemeinschaft (so auch Meier-Hayoz, Art. 649b, N 14; a.A., wenn auch widersprüchlich, Weitnauer/Wirths, § 25, N 10; vgl. dazu hinten § 32 IV 4).

104 Eingehend zur Abgrenzung von Rechts- und Tathandlungen: Bärmann/Pick, § 25, N 52.

105 AG Karlsruhe, 25.7.1969, Rechtspfleger 1969, 432 f mit zustimmender Anmerkung von Diester (433); Diester, NJW 1970, 1111; Bärmann/Pick, § 25, N 54; Weitnauer/Wirths, § 25, N 11c.

106 Autoren, die sich für eine abschliessende Regelung von WEG 25 V aussprechen (Weit-

Ebenso ruht das Stimmrecht, wenn der Wohnungseigentümer in einem Rechtsstreit mit den anderen steht, wobei sich die Beschränkung natürlich nur auf Fragen bezieht, die mit dem Prozess in einem direkten Zusammenhang stehen. Nicht stimmberechtigt ist ein Wohnungseigentümer auch, wenn die Gemeinschaft gegen eine Personengesellschaft prozessiert, bei der er Mitglied ist. Das Ruhen des Stimmrechts kann nicht dadurch umgangen werden, dass der Betroffene einen Vertreter zur Stimmabgabe ermächtigt. Durch den Ausschluss der Stimmrechtsausübung ist jedoch der fragliche Wohnungseigentümer nicht auch von der Teilnahme an der Versammlung ausgeschlossen oder seines Anspruches auf rechtliches Gehör beraubt.

Umstritten ist in Deutschland, ob die Vorschrift von WEG 25 V abschliessend ist oder nicht[107]. Der Entscheid wirkt sich insbesondere bei der Frage aus, ob bei Wahlen, die seine Person betreffen (z.B. zum Verwalter, Verwaltungsbeirat, Versammlungsvorsitzenden), der entsprechende Wohnungseigentümer mitstimmen kann[108]. Bei der Wahl (Bestellung) wird dies allgemein angenommen[109]; immerhin erscheint es als möglich, dass nach der Bestellung zum Verwalter eine Mitwirkung bei der Festsetzung des Honorars eine Interessenkollision darstellen würde[110]. Hingegen gehen bei der Abberufung die Meinungen auseinander[111]. Folgt man der in Deutschland mehrheitlich vertretenen Ansicht, dass es sich bei der Bestellung als Organ und dem Abschluss eines Vertrages mit diesem (entsprechend Abberufung und Auflösung) um zwei getrennte Akte handelt[112], fehlt es ohnehin an einer direkten Interessenbeschränkung[113]. Dasselbe muss aber auch für den Fall der – sonst in der Schweiz vertretenen – einheitlichen Betrachtungsweise[114] gelten[115]: Das Ruhen des Stimmrechts bei einer Interessenkollision liegt darin begründet, die Verfälschung des Abstimmungsresultates dadurch, dass ein Interessierter auf beiden

nauer/Wirths, § 25, N 11a und dort Zitierte), müssen sich bei der Décharge damit behelfen, dass es sich um eine echte Interessenkollision handle, die von der Bestimmung eben mitumfasst werde.

107 Vgl. die vorgehende Anmerkung; angesichts des relativ umfassenden Wortlautes von WEG 25 V ist es überhaupt fragwürdig, von der Abgeschlossenheit der Norm zu sprechen; es kann m.E. schlicht danach gefragt werden, ob bestimmte Beschlüsse vom Sinn von WEG 25 V erfasst würden oder nicht (damit kommt man auch um dogmatische Turnereien bei der Décharge herum). Jedenfalls ist diese Frage streng zu trennen von der Frage, ob WEG 25 V abdingbar sei.

108 Eingehend dazu Merle, Bestellung, 31 ff.

109 In demselben Sinne für die Schweiz: K. Müller, 113.

110 Merle, Bestellung, 34 f; K. Müller, 113.

111 Für das Vorliegen einer Interessenkollision: Bärmann/Pick, § 25, N 59; AG Mönchengladbach, ZMR 1977, 380; gegen eine Interessenkollision: Weitnauer/Wirths, § 25, N 11a; Soergel/Baur, § 25, N 10; Merle, Bestellung, 35; OLG Celle, 18.12.1957, NJW 1958, 307 f; LG Dortmund, 20.1.1966, MDR 1966, 843; Zweifel am Entscheid des OLG Celle äussert Diester, Rechtsprechung, 134; die Frage offengelassen haben das BayObLG, 29.8. 1958, NJW 1958, 1824 f und das OLG Stuttgart, 5.7.1974, DNotZ 1975, 312 f.

112 Statt vieler: Weitnauer/Wirths, § 26, N 3 (weitere Literatur hinten § 27 I A).

113 Es besteht nur das Interesse, weiterhin Verwalter zu sein (mit der gegebenen Rechts- und Pflichtenstellung) oder nicht.

114 Vgl. dazu Werner Merle/Günther Trautmann, Zur Verfahrenszuständigkeit in Wohnungseigentumssachen, NJW 1973, 118 ff sowie die schweizerische Lehre (hinten § 27 I A).

115 Es geht ja dabei nur um die Person; durch das Ausscheiden aus dem Amt mit der generell umschriebenen Rechts- und Pflichtenstellung treffen den Verwalter weder besondere Vor- noch Nachteile.

Vertragspartnerseiten seine Vorstellungen durchzusetzen versucht, zu verhindern. Dies kann nun wohl bei Verträgen (Rechtsgeschäften nach aussen) geschehen, weniger aber bei Rechtsgeschäften interner Art, insbesondere konkreten Verwaltungsmassnahmen. Verhindert also der Verwalter als Wohnungseigentümer seine Abberufung, so wird davon seine Rechts- und Pflichtenstellung direkt überhaupt nicht betroffen; bei pflichtwidrigem Verhalten bleibt auch die Abberufung aus wichtigem Grund vorbehalten[116]. Der Zweck von WEG 25 V liegt nicht im Ausschluss des Stimmrechts in eigener Sache, sondern nur in der Verhinderung der Interessenverfolgung auf verschiedenen, miteinander nicht vereinbaren Seiten eines Rechtsverhältnisses. Ausgeschlossen erscheint demgegenüber das Stimmrecht des Betroffenen bei der Abberufung aus wichtigem Grund, weil er – analog zu WEG 18 – nicht über die Zumutbarkeit des gegebenen Zustandes (den er gesetzt hat) für die anderen mitstimmen kann[117].

3. Mangels einer ausdrücklichen Regelung im Stockwerkeigentumsrecht ist in der Schweiz vorerst der Verweis auf das Vereinsrecht (ZGB 712m II) zu beachten. Dieses enthält denn auch eine Bestimmung über die Interessenkollision: Nach ZGB 68 kann ein Mitglied bei der Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit zwischen ihm, seinem Ehegatten und einer mit ihm in gerader Linie verwandten Person und dem Verein nicht mitstimmen (der Kreis der betroffenen Personen ist also weiter als nach WEG 25 V). Ch. Müller[118] und Riemer[119] nehmen denn auch ohne weitere Begründung an[120], ZGB 68 gelte ebenso im Bereich der Stockwerkeigentümerversammlung. Andere Autoren hingegen zweifeln an der Anwendbarkeit der vereinsrechtlichen Bestimmung: Nach Studer[121] ist sie zu eng, weil sie den Fall der Décharge nicht erfasst, für Friedrich[122] ist sie nicht sachgemäss, weil die Stockwerkeigentümergemeinschaft vorwiegend auf vermögensrechtlichen Beziehungen aufgebaut ist, und Michaud[123] sieht zudem die Gefahr einer Veränderung der Mehrheitsverhältnisse; die beiden letzten Autoren betonen überdies, dass der Gesetzgeber in Art. 649b II ausdrücklich eine Stimmrechtsausschluss-Regelung getroffen habe, was überflüssig gewesen wäre, wenn er ZGB 68 für anwendbar gehalten hätte.

Auch wenn man die Bedenken der Geltungskraft von ZGB 68 für das Stockwerkeigentum teilt bzw. sogar erweitert, heisst dies keineswegs, dass der Tatbestand der Interessenkollision als nicht vorhanden betrachtet wird. Es soll durchaus ein Stockwerkeigentümer den Abschluss von Verträgen über Renovationsarbeiten mit seiner Firma nicht erzwingen können, weil er – bei Geltung des Wertquotenprinzips – über die Mehrheit der Anteile verfügt[124]. Es fragt sich lediglich, ob es gerechtfertigt

116 Weitnauer/Wirths, § 25, N 11a.
117 Vgl. Merle, Bestellung, 36; a.A. LG Dortmund, 20.1.1966, MDR 1966, 843.
118 Ch. Müller, 93.
119 Riemer, 264.
120 Angesichts der Umstrittenheit der Frage hätte man eigentlich eine eingehendere (und allenfalls kritische) Darstellung erwarten dürfen.
121 Studer, 69 f.
122 Friedrich, SJK 1304, 7 f.
123 Michaud, 45 f.
124 So das Beispiel von Ch. Müller, 93.

ist, in solchen Fällen ZGB 68 heranzuziehen oder ob nicht eine andere Rechtsgrundlage den Verhältnissen angemessener und sachgemässer ist.

Gegen die Anwendung von ZGB 68 mag formal sprechen, dass der Gesetzgeber den Ausschluss des Stimmrechts in ZGB 649b II nicht ausdrücklich hätte zu statuieren brauchen, wenn das Stimmrecht ohnehin wegen der Interessenkollision (Rechtsstreit zwischen Stockwerkeigentümer und Gemeinschaft) ruhte. Immerhin darf dieser Einwand deshalb nicht überbewertet werden, weil sich angesichts der etwas unübersichtlichen Normzusammenstellung im Bereich der Stockwerkeigentümerversammlung (Stockwerkeigentum, Miteigentum, Verein) leicht formale Überschneidungen bzw. unabgedeckte Bereiche ergeben können. Hingegen lassen sich die Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Interessenlage der Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht so einfach zerstreuen.

- Ein zentraler Fall der Interessenkollision ist der Décharge-Beschluss, dies zeigt sich insbesondere auch darin, dass bei den Gesellschaften im OR einzig in solchen Abstimmungen das Stimmrecht der Betroffenen ruht (OR 695 I für die AG, OR 808 IV für die GmbH, OR 887 I für die Genossenschaft). Soll die vereinsrechtliche Regelung auch für den Bereich des Stockwerkeigentums gelten, müsste ZGB 68 zumindest in diesem Sinne extensiv ausgelegt werden[125].
- Unbefriedigend sind auch die subjektiven Voraussetzungen von ZGB 68[126]: Gerade in kleineren Gemeinschaften, an denen eine Grossfamilie mit mehreren Stockwerkeinheiten beteiligt ist, könnte das Ruhen des Stimmrechts beim Ehegatten und den in direkter Linie Verwandten des Betroffenen zu einer vollständigen Verzerrung der Mehrheitsverhältnisse führen. Sowohl bei den Gesellschaften des OR wie nach WEG 25 V ist deshalb zu Recht der Kreis der ausgeschlossenen Personen nicht so weit gefasst worden. Eine allgemein stärkere persönliche Betroffenheit reicht für den Stimmrechtsausschuss noch nicht aus (konsequenterweise müsste sonst noch abgeklärt werden, ob allenfalls irgendwo freundschaftliche Beziehungen bestehen).
- Hauptsächlich bliebe aber bei Anwendung von ZGB 68 der grundlegende strukturelle Unterschied zwischen dem Verein und der Stockwerkeigentümergemeinschaft unberücksichtigt. Vereine verfolgen gemäss ZGB 60 I einen nicht wirtschaftlichen Zweck[127]; auf diese Interessenlage ist ZGB 68 zugeschnitten. Demgegenüber bilden die Stockwerkeigentümer eine Objektsgemeinschaft, die auf wirtschaftlichen Beziehungen beruht, indem durch Versammlungsbeschlüsse jeder einzelne grundsätzlich direkt betroffen wird (Beitragsordnung). Das Stimmrecht darf deshalb nicht davon abhängig sein, ob der Stockwerkeigentümer persönlich etwas stärker interessiert ist oder nicht[128]; im schweizerischen Recht gibt es keinen Grundsatz, wonach der an einer Gemeinschaft Beteiligte generell bei Beschlüssen in eigener Sache von der Mitwirkung ausgeschlossen ist. Zu Recht hat deshalb das Bundesgericht schon frühzeitig entschieden, dass ZGB 68 bei Wahlen nicht anwendbar ist, auch wenn nach der in der Schweiz geltenden

125 In diesem Sinne auch Egger, Art. 68, N 3; ohne Stellungnahme: Heini, 546.
126 Vgl. dazu auch August Egger, Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, ZSR 1926, 25, 27.
127 Heini, 523 ff.
128 Bundesgericht, 31.5.1913, BGE 39 II 246 ff.

einheitlichen Betrachtungsweise die Wahl und das Vertragsangebot einen Akt bilden[129]. Ebenso muss der Stockwerkeigentümer bei der Beschlussfassung über Einsprachen gegen die Veräusserung oder dingliche und obligatorische Nutzungs- bzw. Gebrauchsüberlassung (ZGB 712c) mitstimmen können[130]. Schliesslich fragt sich, ob nicht auch Beschlüsse über Rechtsgeschäfte vermögensrechtlicher Natur, bei denen die Interessen eines Mitgliedes auf dem Spiele stehen, wenigstens im Rahmen von Treu und Glauben zulässig sein sollten[131]. Es ist nämlich zu bedenken, dass unter bestimmten Konstellationen der betroffene Stockwerkeigentümer auch benachteiligt werden könnte. Richtlinie müsste dann sein, dass seine Beteiligung, namentlich bei Mehrheitsbeschlüssen, das Gemeinschaftsinteresse nicht ungebührlich gefährden, seine Ausschliessung ihn aber auch nicht übermässig von den anderen abhängig machen darf. So betrachtet wäre – entsprechend dem Recht der Personengesellschaften[132] – von Fall zu Fall zu prüfen, inwieweit eine echte Interessenkollision vorliegt und das Stimmrecht deshalb ruhen muss.

Weil gemäss den vorgehenden Erwägungen die vereinsrechtliche Regelung (ZGB 68) m.E. auf das Stockwerkeigentum nicht so richtig passt und es an einer anderen ausdrücklichen Bestimmung fehlt, muss auf die allgemeinen Grundsätze zurückgegriffen werden; jedenfalls darf die Stimmrechtsausübung nicht rechtsmissbräuchlich sein und hat sich im Rahmen von Treu und Glauben (ZGB 2) zu halten. Insbesondere drängt sich jedoch die entsprechende Heranziehung der Regeln, wie sie für die Interessenkollision bei der rechtsgeschäftlichen Vertretung entwickelt worden sind[133], auf.

4. Während in der Schweiz unbestritten ist, dass die Stimmrechtsausübungsverbote beim Verein[134] und bei den Gesellschaften des OR[135] nicht generell wegbedungen werden können, gehen die Meinungen darüber in Deutschland auseinander[136]. Die formale Betrachtungsweise, dass WEG 25 V nicht ausdrücklich für zwingend erklärt worden sei (WEG 10 I), vermag jedoch nicht zu überzeugen, denn durch die Wegbedingung der Vorschrift könnte der ihr innewohnende Schutzgedanke vollständig unterlaufen werden: Eine personelle Mehrheit soll nicht durch einen wirtschaftlich starken Stockwerkeigentümer gezwungen werden können, Verträge, ob nun vorteilhaft oder nicht, nur mit diesem abzuschliessen (Beschränkung der Partnerwahlfreiheit)[137].

129 Bundesgericht, 27.9.1913, BGE 39 II 483; Egger, Art. 68, N 4.
130 Friedrich, § 49, N 15.
131 Studer, 70.
132 Siegwart, Vorbem. N 89 und Art. 534, N 4; Becker, Art. 534, N 3.
133 Bundesgericht, 5.12.1967, BGE 93 II 481 f; 5.11.1969, BGE 95 II 621; 28.2.1973, BGE 99 Ia 9; von Tuhr/Peter, 363.
134 Egger, Art. 68, N 5.
135 von Steiger, AG, 52.
136 Für den zwingenden Charakter von WEG 25 V: Bärmann/Pick, § 25, N 61; dagegen: Weitnauer/Wirths, § 25, N 1; Soergel/Baur, § 25, N 11; LG Hamburg, 16.5.1962, NJW 1962, 1867 f.
137 Es liesse sich zwar die Vorschrift denken, der Wohnungseigentümer dürfe mitstimmen, wenn seine Stimme (bzw. Stimmen, denn die Frage wird meist beim Wertquotenstimmrecht aktuell) nicht ausschlaggebend sei. Daran wird aber der Wohnungseigentümer von vorneherein kein Interesse haben; zudem könnte in einem solchen Fall ein Beschluss trotz verbotener Stimmabgabe nicht angefochten werden.

Nach unbestrittener Ansicht ist es zulässig, das Verbot der Ausübung des Stimmrechts in der Gemeinschaftsordnung für weitere Fälle vorzusehen. Insbesondere kann vereinbart werden, dass mehrere Mitberechtigte einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen haben, wobei sie andernfalls vom Stimmrecht ausgeschlossen seien[138]; diese Klausel ist zulässig, weil sie vor allem organisatorische Schwierigkeiten verhindert[139]. Verbreitet ist weiter die Bestimmung, dass ein Stockwerkeigentümer, der seinen finanziellen Verpflichtungen der Gemeinschaft gegenüber nicht nachkommt, vom Stimmrecht ausgeschlossen ist. Mit deren Zulässigkeit hat sich das BayObLG[140] eingehend auseinandergesetzt und ist dabei zum Schluss gekommen[141]:

"Die Freiheit der Wohnungseigentümer in der Gestaltung ihres Verhältnisses untereinander lässt die Bestimmung ..., das Stimmrecht ruhe bei solchen Miteigentümern, die ihren Verpflichtungen nicht in vollem Umfange nachgekommen sind, nicht grundsätzlich nichtig erscheinen. Bei ihrer Anwendung muss aber beachtet werden, dass sie die personenrechtliche Gemeinschaftsstellung (das Mitgliedschaftsrecht) der Wohnungseigentümer ... nicht aushöhlen darf. Sie darf insbesondere nicht zu einem allgemeinen Ausschluss eines Wohnungseigentümers vom Stimmrecht und damit von seinem Mitverwaltungsrecht (§ 20 Abs. 1 WEG) führen ... Die Bestimmung ... muss darum eng ausgelegt werden. Das ist umso mehr geboten, als sie ganz allgemein gehalten ist und den Rückstand von Verpflichtungen, der das Ruhen des Stimmrechts auslösen soll, in keiner Weise näher konkretisiert."

Die Lehre ist diesem Entscheid durchgehend gefolgt. Zwei Punkte sind jedoch nochmals besonders zu betonen: Von der Gemeinschaftsordnung ist zu verlangen, dass die Fälle des Stimmrechtsausschlusses bei Nichterfüllung der finanziellen Verpflichtungen genau konkretisiert werden; überdies soll in der Regel nur ein Verschulden des Stockwerkeigentümers das Ruhen des Stimmrechts bewirken[142].

D "Wegfall" des Stimmrechts bei fehlender materieller Betroffenheit: Untergemeinschaften

1. Bei Mehrhausanlagen und bei getrennten Hausteilen ist die Konzentration des Stimmrechts auf einen beschränkten Kreis von Stockwerkeigentümern in bestimmten Fragen, die nur ihn interessieren, zulässig. Erstmals eingehend auseinandergesetzt mit diesem Ausschluss gewisser Stockwerkeigentümer vom Stimmrecht, wenn sie durch den Beschluss nicht betroffen sind, hat sich das BayObLG im Jahre 1961[143]; dabei ging es um einen Fahrradkeller in einem von mehreren Gebäuden einer zu Wohnungseigentum aufgeteilten Liegenschaft. Weil die Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit über den Gebrauch der gemeinschaftlich benützten Teile entscheiden, sollen nur diejenigen stimmberechtigt sein, die auch tatsächlich in die

138 Vgl. hinten § 21 IV A 5.
139 Bopp, 143; Diester, Rechtspfleger 1965, 204.
140 BayObLG, 9.2.1965, NJW 1965, 821 f.
141 822.
142 So auch Leitsatz b der Entscheidung des BayObLG (S. 821).
143 BayObLG, 10.11.1961, NJW 1962, 492 f.

Lage kommen, den entsprechenden Gebrauch zu machen[144]. Es muss also nicht unbedingt die Gesamtwohnungseigentümergemeinschaft an der Abstimmung teilnehmen, sondern nur diejenigen Teilhaber, die von der Gebrauchsregelung berührt sind; dies ist vor allem bei mehreren Wohnhäusern auf einem Grundstück der Fall:

"Es liegt nicht im Sinne des Gesetzes, über den Gebrauch von solchen Einrichtungen, die nur der Gemeinschaft eines Hauses zu dienen bestimmt sind, alle Teilhaber der Gesamtgemeinschaft beschliessen zu lassen, auch wenn für sie weder als Sondereigentümer in einem anderen Gemeinschaftshaus noch als Teilhaber der Gesamtgemeinschaft Interessen im Spiele sind. Vielmehr können sich die Mitbestimmungsberechtigten grundsätzlich nur nach dem Kreise berechnen, der durch die in Frage stehende Massnahme betroffen wird. Wird also nur über eine Einrichtung in einem Haus einer gemeinschaftlichen Mehrhaus-Wohnlage beschlossen und wirkt der Beschluss nicht über den Bereich dieses Hauses hinaus, so sind auch nur die darin Berechtigten mitbestimmungsberechtigt"[145].

Die Lehre hat sich dieser Gerichtspraxis durchgehend angeschlossen[146]. Entsprechend müssen auch bei einem gerichtlichen Verfahren (z.B. Anfechtung eines Beschlusses) nur diejenigen Stockwerkeigentümer als Prozessparteien auftreten, die durch den fraglichen Beschluss betroffen sind[147].

Die ursprüngliche Anwendung hinsichtlich mehrerer Häuser auf dem gleichen Grundstück ist zu Recht auch auf Reiheneinfamilienhäuser und auf Einzelgebäude ausgedehnt worden: Denkbar sind z.B. die gesonderte Behandlung von solchen Fragen, die in einem zu Geschäfts- und Wohnzwecken aufgeteilten Gebäude nur die eine oder andere Gruppe interessiert[148], sowie der Ausschluss des Erdgeschossbewohners bei der Abstimmung über eine Liftanlage, an die er keine Kostenbeiträge zu leisten hat.

2. Eine solche interne Ausgestaltung gilt sinngemäss auch für das schweizerische Recht; angesichts der relativ überschaubaren Verhältnisse in der Schweiz ist das Problem bisher in der Praxis noch kaum aktuell geworden.

Formell ist so vorzugehen, dass im Reglement für gewisse Angelegenheiten Untergemeinschaften als zuständig erklärt werden, und zwar nur auf schuldrechtlicher Basis[149]. Dabei ist es erforderlich, dass die Bereiche, in denen die Untergemeinschaften Entscheidungskompetenzen haben, genau konkretisiert werden. Kommt es in einer solchen Frage dann zu einer Abstimmung, erhalten nur diejenigen Stockwerkeigentümer einen Stimmzettel, die zur betreffenden Untergemeinschaft gehören, oder, geht es in einer Grossüberbauung um ein nur ein einzelnes Haus betreffendes Traktandum (z.B. Waschküchenbenützung), erhalten nur dessen Bewohner eine Einladung zur Versammlung. Zu beachten ist, dass Stimmrecht in der Untergemeinschaft und Kostenbeteiligung meist parallel liegen, so dass in jenen Fällen, in denen

144 Bei WEG 22 I a.E. wird in ähnlicher Weise auf die Betroffenheit des einzelnen abgestellt, indem für einstimmige Beschlüsse die Zustimmung derjenigen Wohnungseigentümer nicht erforderlich ist, deren "Rechte nicht über das in § 14 bestimmte Mass hinaus beeinträchtigt werden".

145 NJW 1962, 493.

146 Bärmann/Pick, § 15, N 23 ff, § 23, N 8 und § 25, N 14; Weitnauer/Wirths, § 15, N 3a, § 23, N 3a und § 25, N 11d; Soergel/Baur, § 15, N 6; Palandt/Bassenge, § 15, N 2 und § 25, N 2a; Diester, Rechtsfragen, N 238.

147 BayObLG, 14.5.1975, MDR 1975, 844.

148 LG Wuppertal, 30.5.1972, Rechtspfleger 1972, 452 (betr. Wohnungs- und Teileigentum) sowie Diester, Rechtsfragen, N 238.

149 Vgl. vorne § 8 IV D.

ein Stockwerkeigentümer keine Beiträge zu entrichten hat, vermutet werden darf, es stünden ihm auch keine Mitverwaltungsrechte zu. Fühlt sich ein Stockwerkeigentümer zu Unrecht von einer Untergemeinschaft ausgeschlossen, kann er die entsprechende Reglementsbestimmung akzessorisch anhand eines konkreten Falles vom Richter überprüfen lassen.

III Die Vertretung

A Die Zulässigkeit von Vertretungsbeschränkungen

1. Weil das Stimmrecht beim Stockwerkeigentum kein höchstpersönliches Recht darstellt (anders häufig beim Verein[150]), ist eine Vertretung grundsätzlich möglich[151]; zudem wird es, anders als allenfalls bei wirtschaftlichen Unternehmen, kaum Tatsachen geben, die geheimgehalten werden müssten[152].

2. Obwohl die Stockwerkeigentümergemeinschaft an sich eine Objektsgemeinschaft ist, fehlt ihr, zumindest wenn sie sich in einer überschaubaren Grösse hält, nicht eine gewisse personenbezogene Komponente. Ist also eine unbeschränkte Vertretungsmöglichkeit gegeben, besteht die Gefahr, dass an den Versammlungen ein ständig wechselnder Teilnehmerkreis vorhanden ist, der nicht nur mit den spezifischen Gemeinschaftsproblemen wenig vertraut ist, sondern auch das Aufkommen eines eigentlichen Gemeinschaftsverhältnisses verhindert. Aus diesem Grunde wird nicht selten bestimmt, dass lediglich gewisse Personen (z.B. Ehegatte, Verwalter, andere Stockwerkeigentümer) bevollmächtigt werden dürfen. An der Zulässigkeit nicht übermässiger Vertretungsbeschränkungen besteht an sich kein Zweifel[153]; generellen Bedenken[154] muss entgegengehalten werden, dass es durchaus sinnvoll ist, nicht beliebige Vertreter zuzulassen, damit der persönliche Bezug zwischen den Stockwerkeigentümern erhalten bleibt.

Entsprechend dem Aktienrecht[155] ist das Recht auf Stellvertretung ein wohlerworbenes Recht (Mitgliedschaftsrecht), das dem Betroffenen nicht gegen seinen Willen entzogen oder beschränkt werden darf. Werden deshalb die Vertretungsbeschränkungen nicht schon zusammen mit dem Begründungsakt vorgesehen, bedarf es bei einer nachträglichen Anordnung eines einstimmigen Beschlusses[156].

150 Die Stellvertretung gilt beim Verein als Fremdkörper (Heini, 546), auch wenn sie nicht generell als unzulässig betrachtet wird (Delegiertenversammlung).

151 Im Aktienrecht ist, vorbehältlich einer anderen statutarischen Regelung (OR 627 Ziff. 10), die Vertretung generell zulässig (OR 689 II), während bei der Genossenschaft nur ein anderer Genossenschafter bevollmächtigt werden kann (OR 886 I).

152 Friedrich, § 32, N 6; Ch. Müller, 93; Bärmann/Pick, § 25, N 19; Weitnauer/Wirths, § 25, N 2; Tasche, DNotZ 1974, 591. Vgl. auch Wilhelm Weimar, Vertretung und Beratung bei der Ausübung des Stimmrechts, Der Wohnungseigentümer 1976, 43 ff sowie ders., Die Ausübung des Stimmrechts des Wohnungseigentümers durch Dritte, BlGBW 1977, 11 f.

153 Statt vieler: Ch. Müller, 94; Bärmann/Pick, § 25, N 19.

154 Etwa Karstädt, MDR 1965, 259, Anm. 39, der aber allgemein in der Literatur wenig Unterstützung gefunden hat.

155 Schucany, Art. 689, N 2; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 20, N 16, § 35, N 48; zweifelnd von Steiger, 183 f.

156 Ch. Müller, 94.

Von allen Einschränkungen unberührt sind die Befugnisse der gesetzlichen Vertreter (Ehemann, Vormund, Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Organ einer juristischen Person), denn ihre Rechtsstellung bemisst sich nach dem betreffenden internen Rechtsverhältnis.

3. Ob durch einstimmigen Beschluss die Stellvertretung gänzlich untersagt werden kann, ist in der Literatur umstritten[157]. Weil diesbezügliche Vereinbarungen auch die Rechtsnachfolger binden (ZGB 649a; WEG 10 III), muss m.E. davon ausgegangen werden, dass ein vollständiger Vertretungsausschluss dann keine Wirkung entfalten kann, wenn diese Regelung zu einer unzumutbaren Benachteiligung des Betroffenen führt; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der zu Vertretende aus physischen oder psychischen Gründen zu sachgemässem eigenem Handeln ausserstande ist[158].

4. Das schweizerische und deutsche Recht enthalten keine gesetzliche Regelung, wie weit konkret das Vertretungsrecht beschränkt werden dürfe, im Gegensatz etwa zu Frankreich (ein Bevollmächtigter darf drei Personen vertreten, ein Verwalter gar keine[159])[160]. Generelle Richtlinien können auch kaum formuliert werden. Allgemein sollte aber, vor allem in grösseren Gemeinschaften, mit Vertretungsbeschränkungen Zurückhaltung[161] geübt werden, nicht zuletzt deshalb, weil bei einer allzu starken Beschränkung der Vertretungsbefugnis die Gefahr besteht, dass die Versammlungen nicht mehr beschlussfähig sind oder qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse nicht zustande kommen[162]. Deshalb ist es m.E. angebracht, die Vertretungsbefugnis zumindest auf alle Stockwerkeigentümer, die näheren Familienangehörigen (nicht nur den Ehegatten) und sonstige Personen, die mit den Verhältnissen vertraut sind (insbesondere Nutzniesser, Mieter usw.), auszudehnen.

In einem jüngeren Entscheid hat das OLG Karlsruhe in ähnlicher Weise die Beschränkung der Vertretungsbefugnis (in casu auf den Ehegatten, den Verwalter oder einen anderen Wohnungseigentümer) aus Rücksicht auf die Fernhaltung gemeinschaftsfremder Einwirkungen als nicht unbillig oder gegen Treu und Glauben verstossend bezeichnet, sofern dadurch den Betroffenen keine unzumutbare Benachteiligung trifft, die etwa darin bestehen kann, dass er keinen Ehegatten hat und die Bevollmächtigung der anderen als zulässig bezeichneten Vertreter wegen Interessenkollision oder prozessual wirksamer Ablehnungsgründe unzumutbar ist[163]. Insbesondere muss dem Beteiligten auch das Recht zustehen, selbst einen Vertreter zu bestellen, was mithin eine minime Wahlmöglichkeit voraussetzt.

Problematisch ist es, wenn der Verwalter mit allzu vielen Vollmachten von Stockwerkeigentümern zu der Versammlung erscheint. Dieser Fall tritt insbesondere dann ein, wenn die Gemeinschaftsordnung ihn als hauptsächlichsten Vertreter "offeriert". Praktisch wird damit vor allem beabsichtigt, die Beschlussfähigkeit der

157 Bejahend Bärmann/Pick, § 25, N 18; verneinend Studer, 66 und Schneider, 133, Anm. 56.
158 So auch das OLG Karlsruhe (21.4.1976, MDR 1976, 758) im Hinblick auf eine umstrittene Vertretungsbeschränkung.
159 Art. 22 des französischen Gesetzes vom 10.7.1965.
160 Zu den Verhältnissen in Belgien vgl. Frédéric Aeby, La propriété des appartements, Bruxelles 1967, 310 ff.
161 So Friedrich, § 32, N 6.
162 Michaud, 40 f.
163 OLG Karlsruhe, 21.4.1976, MDR 1976, 758.

Versammlung zu erreichen. Weil jedoch die Stockwerkeigentümer über die Abrechnung und den Kostenvoranschlag des Verwalters zu befinden haben (ZGB 712m I 4; WEG 28 V), mithin über seine Décharge, ist es nicht erwünscht, wenn er schon selber über einen Grossteil der Stimmen verfügt[164], weil – abgesehen von seinem Stimmrecht, das wegen Interessenkollision ruht[165] – bei den vertretenen Stimmen ein Ausschluss nur zulässig wäre, wenn nachgewiesen werden könnte, dass er von den betroffenen Stockwerkeigentümern keine verbindlichen Weisungen erhalten hat, somit also eine Interessenkollision vorliegt. Auch wenn die Vertretung durch den Verwalter im Reglement nicht ausgeschlossen ist, kann ihm durch einfachen Beschluss die Übernahme solcher Vertretungen untersagt werden[166].

B Die Delegiertenversammlung (sog. "verdrängende Vollmacht")

1. Je grösser die Gemeinschaften sind, desto schwieriger werden die Durchführung der Stockwerkeigentümerversammlungen und zugleich die Wahrnehmung des Stimmrechts durch den einzelnen. Das unter den Mitgliedschaftsrechten zentrale Stimmrecht erlaubt es nämlich den Stockwerkeigentümern insbesondere, die gemeinsame Sache – auf Grund mehrheitlicher Willenskundgebungen – zusammen zu verwalten und neben dem Recht auf Teilnahme an der Versammlung und der Möglichkeit der Aussprache an ihr auch die Bestellung eines Verwalters vorzunehmen[167].

Um die Organisation grosser Stockwerkeigentümerversammlungen rationeller zu gestalten, ist in letzter Zeit, vor allem in Deutschland, der Ruf laut geworden, das System der sog. verdrängenden Stimmrechtsvollmacht vorzusehen: Danach wählt jeder Wohnblock (bzw. Hausteil) in einer eigenen getrennten Versammlung einen Vertrauensmann und erteilt ihm die Vollmacht zur Vertretung in der Stockwerkeigentümerversammlung; dieser hat gemäss den ihm erteilten Weisungen zu stimmen, während den "vertretenen" Stockwerkeigentümern in der Hauptversammlung kein Stimmrecht mehr zusteht[168]. Dieses Wahlmänner- oder Delegiertenversammlungssystem ist jedoch auf scharfe Kritik gestossen.

2. In Deutschland hat sich vor allem Tasche[169] für die Zulässigkeit der verdrängenden Stimmrechtsvollmacht ausgesprochen. Weil das Stimmrecht nicht persönlich ausgeübt werden muss, verstösst es nach Tasche nicht gegen das Wesen des Wohnungseigentums, wenn sich gewisse, durch die örtliche Umgrenzung bestimmte Wohnungseigentümer auf einen Vertreter einigen, der für sie die Stimme abgibt. Zudem werde das Stimmrecht nicht für alle Zeiten entzogen: Die Abberufung aus wichtigem Grund – sofern statutarisch nicht die jederzeitige Abberufung durch

164 So auch Michaud, 41 f.
165 Bärmann/Pick, § 25, N 54; Weitnauer/Wirths, § 25, N 11c.
166 Friedrich, § 32, N 7.
167 Diester, NJW 1970, 1112 und Rechtsfragen, N 284; M. Schmid, 139 f.
168 Nach Hauger, 224, Anm. 30 müsste man eigentlich von delegiertem oder mittelbarem Stimmrecht sprechen.
169 Tasche, DNotZ 1974, 586 ff; ihm folgend auch Bärmann/Pick, § 25, N 19 und Bärmann, Rechtspfleger 1977, 235.

Mehrheitsbeschluss vorgesehen sei – bleibe jederzeit möglich[170]. Demgegenüber erachtet Diester[171] die verdrängende Stimmrechtsvollmacht als eine Denaturierung des Wohnungseigentums und M. Schmid[172] meint, die Einführung der verdrängenden Stimmrechtsvollmacht würde dazu führen, "dass der weitaus grösste Teil der Wohnungseigentümer von der Teilnahme an und der Abstimmung in der Wohnungseigentümerversammlung und damit von dem aus dem Eigentumsrecht fliessenden Verwaltungsrecht weitgehend ausgeschlossen wäre"[173].

Während beim Verein die Konstituierung des Wahlmännersystems unzweifelhaft zulässig ist[174], vermögen die von Tasche angeführten gesellschafts- und pfandrechtlichen[175] Parallelitäten weniger zu überzeugen[176]. Gerade im Recht der Personalhandelsgesellschaften ist die Frage der Zulässigkeit der verdrängenden Stimmrechtsvollmacht sehr umstritten und insbesondere vom BGH – mit Ausnahme der Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters für Kommanditisten[177] – m.E. zu Recht verneint worden[178].

Entgegen Tasche[179] kann – mangels einer genügenden gesetzlichen Grundlage – die Vertretungsregelung durch einen "Sprecher" auch nicht als Bevollmächtigung, die auf einem Rechtsgeschäft beruht (BGB 166 II 1), angesehen werden. Vielmehr ist der von der jeweiligen Eigentümergruppe Gewählte ein Delegierter: Dies ergibt sich insbesondere daraus deutlich, dass der Gewählte auch diejenigen Wohnungseigentümer vertreten darf, die gegen ihn gestimmt haben, sich der Stimme enthielten oder bei der Abstimmung gar nicht anwesend waren. Die betroffenen Wohnungseigentümer schaffen sich also durch einen Mehrheitsbeschluss ein Vertretungsorgan[180]; diese Organschaft steht jedoch mit dem Wohnungseigentum im Widerspruch[181]. Die rechtsgeschäftliche Erteilung der Vertretungsbefugnis kann beim überstimmten Wohnungseigentümer nicht einfach fingiert werden: Wer gegen den

170 Tasche, 593.
171 Diester, Rechtsfragen, N 286; auch Soergel/Baur, § 25, N 4.
172 M. Schmid, 140.
173 In diesem Sinne auch Weitnauer/Wirths, § 25, N 2a sowie eingehender Hermann Weitnauer, Die unverzichtbare Handlungsfreiheit, in: Festschrift für Friedrich Weber, Berlin/New York 1975, 437.
174 Vgl. Tasche, 588, 590 und dort zitierte Literatur.
175 Die Gemeinschaft der Pfandrechtsgläubiger ist strukturell so verschieden von der Wohnungseigentümergemeinschaft, dass sie kaum als Vergleich herangezogen werden kann.
176 Tasche, 589 f, 592 f.
177 BGH, 12.12.1966, NJW 1967, 826 f.
178 BGH, 10.11.1951, BGHZ 3, 354 ff hinsichtlich der OHG; BGH, 14.5.1956, BGHZ 20, 363 ff hinsichtlich der KG; BGH, 7.12.1972, NJW 1973, 1602 hinsichtlich der KG; vgl. allgemein auch Werner Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1975, 884, Anm. 36, 37 sowie Weitnauer/Wirths, § 25, N 2a und M. Schmid, 142.
179 Tasche, 593 f.
180 Tasche trennt m.E. zu wenig zwischen der durch Rechtsgeschäft begründeten Vertreterbefugnis und der Vertreterbestellung als Organ einer Körperschaft.
181 Gesetzgeberisch an sich denkbar wäre die Statuierung der Verpflichtung der Wohnungseigentümer, dem Gewählten die Vollmacht zu erteilen. Tut dies ein Wohnungseigentümer nicht freiwillig, müsste er auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung verklagt werden (ZPO 894); in diesem Verfahren würde ihm aber der Einwand offenstehen, dass gegen den Gewählten erhebliche Bedenken bestehen oder er einen objektiv geeigneteren Vertreter angeboten hat (vgl. BGH, 12.12.1966, NJW 1967, 826 f; M. Schmid, 141).

Gewählten ist, gibt eben keine Vollmacht[182]. Eine rechtsgeschäftliche Erteilung der Vollmacht lässt sich schliesslich auch nicht aus der Tatsache ersehen, dass der Wohnungseigentümer mit dem Kaufvertrag eine Gemeinschaftsordnung anerkennt, die eine entsprechende Bestimmung enthält, weil die Person des Gewählten zu diesem Zeitpunkt gar nicht bekannt ist; gegen die bestimmte Person würden dann jeweilen Einwände offenstehen wie: es bestünden erhebliche Bedenken gegen sie oder der Einsprecher habe einen objektiv geeigneteren Vertreter angeboten[183]; schliesslich ergeben sich bei der im Kaufvertrag eingegangenen Verpflichtung, jedem gewählten Gruppenmitglied Vollmacht zu erteilen, auch im Hinblick auf BGB 138 I Bedenken[184].

3. In der Schweiz ist meines Wissens das Problem der verdrängenden Vollmacht praktisch noch nicht aktuell geworden. Im Gegensatz zu Deutschland ist jedoch die Rechtslage insoweit anders, als nicht eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung in irgendeiner Weise konstruiert zu werden braucht, sondern die Anerkennung der Zulässigkeit sich auf ZGB 712m II und das Vereinsrecht abstützen könnte.

Vorgesehen ist die Delegiertenversammlung bei Genossenschaften, die mehr als dreihundert Mitglieder zählen oder bei denen die Mehrheit der Mitglieder aus Genossenschaften besteht (OR 892 I). Schon 1922 hat jedoch das Bundesgericht die Ersetzung der Mitglieder- durch die Delegiertenversammlung auch beim Verein als zulässig erklärt[185]. Eine Mindestzahl von Vereinsmitgliedern wird nicht erwähnt, doch gehen Lehre und Rechtsprechung stillschweigend davon aus, dass es sich um grössere Vereine handeln müsse; die Zahl 300 des Genossenschaftsrechts mag dabei als Richtlinie dienen. Umfasst nun der Verweis von ZGB 712m II für mitgliederreiche Stockwerkeigentümergemeinschaften auch den Grundsatz, dass die Delegiertenversammlung zulässig ist? Diese Frage ist meines Wissens bisher weder gestellt noch beantwortet worden[186].

Grundsätzlich muss davon ausgegangen werden, dass die Delegiertenversammlung von ihrer Struktur her auf Gesellschaften mit körperschaftlichem Aufbau[187] ausgerichtet ist, nicht jedoch auf Rechtsgemeinschaften[188]. Um eine solche handelt es sich zwar bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft[189], doch zeichnet sie sich

182 Eingehender zur Kontroverse: Tasche, 587 gegen M. Schmid, 140 f; Hauger, 224 f; Erwin Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen, AcP 1906, 384.

183 Vgl. oben Anm. 181.

184 M. Schmid, 141.

185 Bundesgericht, 11.5.1922, BGE 48 II 156 (der ratio legis ist Genüge getan, wenn sich der Wille der einzelnen Mitglieder auf andere angemessene Weise Geltung zu verschaffen vermag); so auch Egger, Art. 64, N 3 und Heini, 561. Hingegen ist die Delegiertenversammlung bei der AG nach herrschender Lehre unzulässig (Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 19, N 11); zur Wünschbarkeit de lege ferenda Weber-Dürler, 161 ff.

186 Am eingehendsten hat sich Riemer mit der Anwendung des Vereinsrechts beim Stockwerkeigentum auseinandergesetzt; er ist jedoch nicht von den sich in der Stockwerkeigentümergemeinschaft stellenden praktischen Problemen ausgegangen, sondern hat der Reihe nach die Artikel des Vereinsrechts auf ihre subsidiäre Anwendung hin überprüft, weshalb nicht gesetzlich verankerte Grundsätze unbeachtet blieben.

187 Vgl. Leo Sigg, Das oberste Organ in der Genossenschaft, Diss. Zürich 1955, 76 f (betr. das Einberufungsrecht); Heini, 562, Anm. 31.

188 Begriffsbestimmung nach Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 2, N 41 ff.

189 Meier-Hayoz, Vorbem. zu Art. 646–656, N 2d (statt vieler).

durch die Besonderheit aus, dass sie im Bereiche der inneren Organisation und Verwaltung stark körperschaftliche Züge aufweist[190], also auch bei der Willensbildung, im Rahmen derer sich die Delegiertenversammlung auswirkt. Trotz dieser Ähnlichkeit ergibt m.E. eine differenzierte Betrachtungsweise, dass eine solche Regelung mit verdrängenden Stimmrechtsvollmachten bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft unzulässig ist. Der Grund liegt darin, dass die Beteiligung bei ihr qualitativ stark abweicht von der Beteiligung in einem Verein oder einer Genossenschaft. Der Stockwerkeigentümer soll als Mitglied einer objektbezogenen Personengemeinschaft eine möglichst alleineigentümerähnliche Stellung erhalten[191], während die Mitgliedschaftsrechte im Verein in der Beteiligung an dem von ihm verfolgten Zweck (ZGB 60 I) und bei der Genossenschaft in der Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher, in gemeinsamer Selbsthilfe verfolgter Interessen (OR 828 I) ihren Niederschlag finden. Die Gemeinschaftsangelegenheiten treffen den Stockwerkeigentümer auch bei grösseren Wohnanlagen direkter, er lebt "näher" an den Entscheidungen der Gemeinschaft (gerade bei Grossvereinen und -genossenschaften besteht meist eine erhebliche Distanz zwischen dem Mitglied und dem Willensbildungs- sowie Geschäftsführungsorgan) und sein Interesse ist damit stärker; der Stockwerkeigentümer ist auch nicht nur mit einem allgemeinen Interessentitel (Verein) oder einem Vermögenstitel (Genossenschaft), sondern mit einem Eigentumstitel, der zugleich meist seinen Lebensort umfasst, beteiligt[192]. Diese qualitativen und strukturellen Unterschiede rechtfertigen es, die Delegiertenversammlung auch nach schweizerischem Stockwerkeigentumsrecht als unzulässig zu betrachten.

4. Es mag sich schliesslich noch die Frage stellen, ob die Einführung von Delegiertenversammlungen beim Stockwerkeigentum de lege ferenda zu bejahen sei. M.E. ist eine solche Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung weder erforderlich noch zweckmässig. Die Bewältigung grosser Versammlungen ist weitgehend eine Frage der Organisation: Eine Steigerung der Effizienz lässt sich etwa durch umfassende (schriftliche) Informationen an die Stockwerkeigentümer und eine gute Vorbereitung der Versammlung durch den Ausschuss erreichen. Weiter sind solche Fragen, die nicht die ganze Gemeinschaft betreffen, in den Untergemeinschaften zu behandeln[193] und es ist vertraglich eine grosszügige Regelung der Vertretungsmöglichkeiten vorzusehen[194]. Schliesslich fragt sich, ob nicht ein Ausbau der schriftlichen Beschlussfassung zulässig oder zumindest erwünscht wäre[195]. Vom Zweckmässigkeitsstandpunkt aus betrachtet lassen sich überdies Schwierigkeiten der Delegiertenversammlung nicht übersehen: So werden die sachgerechte Bildung der einzelnen Gruppen und die Zumessung ihrer Stimmkraft nicht leicht sein (können verschiedenartige Interessen in der Gruppe zudem nach aussen überhaupt nicht berücksichtigt werden?) und tritt dann jedenfalls keine Vereinfachung ein, wenn anlässlich der Hauptversammlung neue Gesichtspunkte auftauchen, über die der

190 Überblick über die Literatur bei Weber, SJZ 1979, 117 f.
191 BBl 1962 II 1468.
192 Daran ändert nichts, dass nach unbestrittener Ansicht die übrigen Verwaltungsrechte, insbesondere das Einberufungsrecht der Minderheit, durch die Anordnung der Delegiertenversammlung nicht tangiert sind (vgl. Sigg, Anm. 187, 76 ff).
193 Vorne § 8 IV D.
194 Vorne § 21 III A.
195 Hinten § 23.

Gruppenvertreter angesichts seines (beschränkten) imperativen Mandates gar nicht befinden kann, weshalb vorerst erneut Unterversammlungen durchzuführen sind. Schliesslich lassen es die eingehend erörterten strukturellen und qualitativen Unterschiede zwischen der Beteiligung beim Stockwerkeigentum und der Beteiligung beim Verein oder der Genossenschaft als sehr zweifelhaft erscheinen, ob die Delegiertenversammlung mit dem Wesen des Stockwerkeigentums vereinbar sei.

IV Stimmrecht bei mehreren dinglich Berechtigten

A Gemeinsam dinglich Berechtigte

1. Mehrere Personen können an einer Stockwerkeinheit gemeinsam als Miteigentümer (z.B. Ehegatten[196] oder mehrere Stockwerkeigentümer, denen gemeinsam eine Garage als Sonderrecht zusteht[197], wobei die Berechtigung an diesem Anteil nach der Anzahl der Garagen in Miteigentumsbruchteile zerfällt[198]) oder als Gesamteigentümer (z.B. Erbengemeinschaft, einfache Gesellschaft) dinglich berechtigt sein. Übereinstimmend dürfen nach ZGB 712o I und WEG 25 II diese gemeinsam Berechtigten das Stimmrecht nicht quotenmässig aufteilen nach der internen Berechtigung, sondern sie haben zusammen eine Stimme, die sie "einheitlich ausüben" (WEG 25 II) bzw. "durch einen Vertreter abgeben" (ZGB 712o I) müssen[199]. Dieselbe Regelung findet sich z.B. auch im Aktienrecht (OR 690 I) oder im Recht der GmbH (GmbHG 18 I[200]). Intern regelt sich die Willensbildung nach den Vorschriften des entsprechenden Gemeinschaftsverhältnisses[201].

2. Gehen die Meinungen mehrerer anwesender Stockwerkeigentümer auseinander, können sie sich also nicht auf eine einheitliche Stimmabgabe einigen[202], so ist die Ausübung des mit dieser Stockwerkeinheit verbundenen Stimmrechts ausgeschlossen[203]. In Deutschland ist im Hinblick auf die Beschlussfähigkeit von Bedeutung[204], ob dieser "Ausschluss" als ungültige Stimme, Stimmenthaltung[205] oder als

196 Vgl. die eingehend begründete Entscheidung des OLG Neustadt, 20.7.1959, NJW 1960, 295 f.
197 Damit werden allzu kleine Bruchteile vermieden.
198 Tina Peter-Ruetschi, NZZ vom 3.1.1969 (Nr. 4, S. 11).
199 Besonders betont vom deutschsprachigen Kommissionsberichterstatter im Nationalrat, Furgler, StenBull NR 1963, 226; BBl 1962 II 1519 f; Friedrich, § 32, N 2 und SJK 1304, 7; Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 40; Ch. Müller, 92; Bärmann/Pick, § 25, N 30; Weitnauer/Wirths, § 25, N 3; Palandt/Bassenge, § 25, N 2c.
200 Nach OR 797 I haben in der Schweiz die Gesellschafter einer GmbH allgemein zur Rechtsausübung einen Vertreter zu bestellen.
201 So ist z.B. bei Güterverbindung und Gütergemeinschaft der Ehemann zur Verwaltung des ehelichen Vermögens (ausser dem Sondergut der Ehefrau) ermächtigt und verpflichtet (ZGB 200 I und 216 I).
202 Die Pflicht, einen Vertreter zu bestellen, haben die Stockwerkeigentümer nicht.
203 Friedrich, § 32, N 2; nach Ch. Müller, 92 "entfällt" das Stimmrecht.
204 Dazu hinten § 22 II B.
205 So Ziege, 2187.

fehlende Stimmberechtigung gewertet wird; Weitnauer[206] und Pick[207] sprechen von einer "unwirksamen" Stimme; m.E. ist genauer von einer ungültigen Stimme zu sprechen, welche die Stimmberechtigung nicht tangiert (und somit für die Beschlussfähigkeit zählt[208])[209].

Trotz der eindeutigen gesetzlichen Rechtslage können sich in den Versammlungen verschiedene, zu Auseinandersetzungen führende Fragen stellen: Ist der als einziger von mehreren berechtigten Mitinhabern der Stockwerkeinheit in der Versammlung Erscheinende grundsätzlich zur Stimmrechtsausübung legitimiert? Ist es für die Stimmabgabe von Bedeutung, ob bzw. inwieweit die Mitinhaber des Stockwerkeigentums die Regeln ihres Rechtsverhältnisses berücksichtigt haben? Was passiert, wenn bei einzelnen Berechtigten Hinderungsgründe eintreten?

3. Grundsätzlich hat der Vorsitzende der Versammlung (meist also der Verwalter) die Legitimation der Abstimmenden zu prüfen[210]. Sobald es sich jedoch um eine grössere Gemeinschaft handelt, sind Schwierigkeiten nicht auszuschliessen. Nichts spricht dagegen, dem Vorsitzenden wie im Aktienrecht gewisse Erleichterungsmöglichkeiten (z.B. Versendung von Stimmkarten) einzuräumen[211]. Gegen komplizierte Rechtsfragen kann er jedoch nur schwer geschützt werden (z.B. Entscheid darüber, ob ein Gesellschafter ein Alleinvertretungsrecht habe, ob die Erbengemeinschaft einen Vertreter bestellt habe, wer unter Ehegatten – unter Berücksichtigung des Güterrechtsregisters – legitimiert sei); in solchen Fällen fragt es sich, ob der Vorsitzende aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nicht überfordert ist. Dazu kommt, dass beim Stockwerkeigentum, im Gegensatz zum Aktienrecht (OR 689 III; AktG 134 f), keine schriftliche Vollmacht des Vertreters verlangt wird. Ein Entscheid über diesbezügliche schwierige Rechtsfragen gefährdet zudem unter Umständen das ganze Beschlussverfahren in der Stockwerkeigentümerversammlung, und zwar dann, wenn Einstimmigkeit des Beschlusses verlangt ist oder wenn die umstrittene(n) Stimme(n) ausschlaggebend für einen Mehrheitsentscheid ist (sind).

a) Erscheint von mehreren Berechtigten nur ein Mitinhaber, so muss davon ausgegangen werden können, dass dieser zur Vertretung berechtigt ist. Weil alle Mitinhaber einer Stockwerkeinheit, vorbehältlich der vertraglichen Vereinbarung des Erfordernisses eines gemeinsamen Vertreters, eine Einladung zur Versammlung sowie die Traktandenliste erhalten[212], geben diese durch ihr Nichterscheinen den Anschein, vertreten zu sein (Anschein der Ermächtigung des anwesenden Mitinhabers)[213]. Es kann dem Versammlungsvorsitzenden nicht zugemutet werden, die Legitimation des erschienenen Berechtigten zu prüfen; überdies ist dies, ausser er habe eine schriftliche Vollmacht, auch praktisch kaum durchführbar. Erscheint demgemäss ein Mitinhaber nicht, so kann er einen allfälligen Beschluss nicht mit der

206 Weitnauer/Wirths, § 25, N 3.
207 Bärmann/Pick, § 25, N 30.
208 Zum gleichen Ergebnis kommt mit der Stimmenthaltung auch Ziege, 2187.
209 Zur Stimmrechtsausübung beim Miteigentum: Schneider, 133 f.
210 Bärmann/Pick, § 25, N 30.
211 Zu den Einzelheiten vgl. Jäggi, Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, 317 ff.
212 Hinten § 22 I B 5.
213 So auch Ziege, 2187; entbehrlich wäre dabei die schriftliche Ankündigung, man werde sich vertreten lassen.

Begründung anfechten, der anwesende Stockwerkeigentümer sei zur Stimmrechtsausübung gar nicht befähigt gewesen oder er hätte die Stimme anders abgeben müssen.

b) Werden von mehreren Berechtigten verschiedene Stimmen abgegeben, so ist "die" Stockwerkeigentumsstimme ungültig. Dasselbe muss nun aber auch gelten, wenn eine Anteilsmajorität ihre Stimme einlegen will: Im Bereich der Stockwerkeigentümergemeinschaft hat das Mehrheitsprinzip in der internen Beschlussfassung auch nur interne Bedeutung: Die Mehrheit hat keine Vertretungsmacht hinsichtlich der Minderheit, sondern das Gesetz verlangt ein gemeinschaftliches Auftreten, indem das Stimmrecht "einheitlich" auszuüben ist (WEG 25 II) bzw. "durch einen Vertreter" abgegeben werden muss (ZGB 712o I)[214].

c) Hingegen steht es den Mit- oder Gesamteigentümern frei, einen gemeinsamen Vertreter zu wählen: Dieser kann die Minderheit kraft des Mehrheitsbeschlusses vertreten und die Stimme abgeben. ZGB 712o I und WEG 25 II wollen m.E. nur verhindern, dass Mitberechtigte ihr Recht unterschiedlich ausüben, aber nicht die Rechte aus einem mehreren gemeinsam zustehenden (qualifizierten) Miteigentumsanteil lahmlegen, falls eine Einigung über die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters nicht zu erzielen ist[215]. Dieser Vertreter handelt dann auf Grund der internen Willensbildungsregeln. Lehnt man diese Auslegung ab, müssen also jedenfalls alle Mitberechtigten einheitlich stimmen, kommen einstimmige Beschlüsse noch viel unwahrscheinlicher zustande und wird die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft unter Umständen erheblich geschwächt[216]. Zwar kann es bei dieser Betrachtungsweise zu einer Anfechtung eines Beschlusses der Stockwerkeigentümergemeinschaft kommen mit der Behauptung, der (bestimmte) Vertreter sei gar nicht kompetent gewesen oder habe nicht gemäss dem internen Mehrheitsbeschluss gehandelt[217]; durch die Ausschaltung der bereits behandelten Fälle ist aber der Bereich der möglichen anfechtbaren Beschlüsse erheblich eingeengt; zudem ist in einem allfälligen Prozess vorfrageweise zu prüfen, ob die Stimmrechtsausübung durch den Vertreter den internen Regeln des Gemeinschaftsverhältnisses nicht entsprochen habe, was bei einem korrekten Vertreter wiederum selten ist, bevor es zur Anfechtung des Beschlusses überhaupt kommt. Diese bescheidene Komplizierung muss im Hinblick

214 So auch Ziege, 2187.

215 In diesem Sinne der BGH (14.12.1967, NJW 1968, 745) hinsichtlich eines mehreren gemeinsam zustehenden Geschäftsanteils einer GmbH (GmbHG 18 I); a.A. Ziege, 2187, der die unterschiedlichen sozialen und wirtschaftlichen Bereiche zwischen der GmbH und der Stockwerkeigentümergemeinschaft betont; er übersieht dabei aber, dass es bei den Vorschriften über die Stimmrechtsausübung weniger um Schutzrechte für den einzelnen denn um Funktionsvorschriften im Hinblick auf die Gemeinschaft geht. Ziege erreicht zwar mit seiner Auffassung einen höheren Grad an Rechtssicherheit, doch erkauft er dies mit dem nicht zu rechtfertigenden Nachteil, dass die Uneinigkeit zwischen mehreren Berechtigten an einer Stockwerkeinheit bereits die ganze Gemeinschaft im Hinblick auf einstimmige Beschlüsse lahmlegt, mithin also vollendete Tatsachen schafft.

216 So kann z.B. einer von vielen Mitberechtigten einer Stockwerkeinheit (z.B. Garage) verhindern, dass in Abänderung des Begründungsaktes ein bisher im Sonderrecht stehender Bastelraum ein gemeinschaftlicher Teil wird!

217 Zu berücksichtigen ist überdies ohnehin, dass der Vorsitzende die Legitimation der Abstimmenden prüfen und somit bei offensichtlich fehlender Vertretungsbefugnis dem Betreffenden die Teilnahme an der Abstimmung untersagen kann.

darauf, dass die Stimme mehrerer Berechtigter nicht sehr oft lahmgelegt wird (mit Blockierungsfolgen auch für die Gemeinschaft), in Kauf genommen werden.

d) Wenn ein Hinderungsgrund der Stimmrechtsausübung (z.B. Interessenkollision) bei einem von mehreren Berechtigten vorliegt, braucht nicht unbedingt das ganze Stimmrecht zu ruhen. Ist ein Mitinhaber handlungsunfähig (und fehlt ein gesetzlicher Vertreter), können einfach die Handlungsfähigen abstimmen, weil das interne Verhältnis die Gemeinschaft nichts angeht[218]. Liegt eine Interessenkollision bei einem Mitberechtigten vor, hängt es vom Einzelfall bzw. dem in Frage stehenden Verbot ab, ob die Ausübung des Stimmrechts durch die andern Mitinhaber zulässig ist[219]. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Gemeinschaftsordnung unter bestimmten Voraussetzungen das Ruhen des Stimmrechts vorsieht (z.B. bei Nichtbezahlung der Kostenanteile[220]). Beispielsweise können folgende Fragen auftauchen[221]:

- Wird über ein das gemeinschaftliche Vermögen betreffendes Rechtsgeschäft, bei dem ein Mitberechtigter Vertragspartner ist, entschieden, können die anderen mitstimmen.
- Hingegen muss das Stimmrecht ruhen, wenn der vertragschliessende Mitinhaber mittelbarer Stellvertreter der anderen Berechtigten ist oder eine wirtschaftliche Einheit vorliegt.
- Geht es um die Frage, ob das betreffende Rechtsgeschäft mit dem Mitinhaber oder einem Dritten abgeschlossen werden soll, wird meist eine Interessenkollision gegeben sein.
- Das Stimmrecht ruht nicht bei der Bestellung und Abberufung eines Mitberechtigten als Verwalter, jedoch bei der Festsetzung der Entschädigung im Verwaltervertrag, auch wenn Abschluss und Bestellung als einheitlicher Rechtsakt betrachtet werden[222].
- Stimmberechtigung ist im Normalfall bei der Entlastung des Verwalters, der Mitinhaber ist, anzunehmen.
- Zahlt ein Mitberechtigter seine Beiträge nicht, so ruht das Stimmrecht der anderen dann, wenn solidarische Haftung vorgesehen ist.

e) Im schriftlichen Beschlussfassungsverfahren muss jeder Mitberechtigte zustimmen, denn die Voraussetzungen des Anscheines wie bei der Versammlung sind nicht gegeben. Im Falle der Vertretung durch einen Mitinhaber wird man eine schriftliche Vollmacht verlangen dürfen. Entsprechend den vorgehenden Darlegungen ist jedoch auch die Stimmrechtsausübung durch einen auf Grund der internen Willensbildung legitimierten Vertreter als zulässig zu erachten[223].

4. ZGB 712o I und WEG 25 II betreffen nur die Ausübung des Stimmrechts; für die Ausübung der anderen mit dem Stockwerk verbundenen Rechte und Verfügungen darüber ist das Recht des betreffenden Gemeinschaftsverhältnisses massgebend[224] (z.B. haben die Berechtigten für die Minderheiteneinberufung nur eine Stimme, deren Wirksamkeit sich nach den internen Regeln beurteilt).

5. Angesichts der oft komplizierten Rechtsverhältnisse wird eine Stockwerkeigentümergemeinschaft im Hinblick auf die Vermeidung späterer Auseinander-

218 Eine andere Frage, die hier nicht weiter behandelt werden kann, ist, ob solche Beschlüsse der Versammlung auch zuungunsten des handlungsunfähigen Stockwerkeigentümers Wirkungen hervorrufen können.
219 Vorne § 21 II C 3 a.E.
220 Vorne § 21 II C 4.
221 Vgl. Ziege, 2188.
222 Kritisch zu dieser "Koppelung": Weitnauer/Wirths, § 26, N 3. In der Schweiz entspricht sie jedoch der herrschenden Lehre: Friedrich, ZBGR 1973, 146; Bürgi, Art. 708, N 8; Heini, 566; K. Müller, 114; Mathys, 273 (eingehender dazu hinten § 27 I A).
223 A.A. wiederum Ziege, 2188.
224 Friedrich, § 32, N 4.

setzungen gut daran tun, die Stimmrechtsausübung bei mehreren Berechtigten im Reglement zu regeln. Die einfachste Lösung wäre dabei das Erfordernis eines gemeinsamen Vertreters; dies muss jedoch im Begründungsakt vereinbart oder später einstimmig beschlossen werden. Weniger einschränkend wäre etwa die Bestimmung, der als einziger anwesende Mitberechtigte gelte gegenüber der Gemeinschaft zur Stimmrechtsausübung als legitimiert oder ein Vertreter werde zur Abstimmung nur zugelassen, wenn er sich durch eine schriftliche Vollmacht ausweise.

B Das Stimmrecht bei der Nutzniessung

1. Der Gesetzgeber kann die Frage, ob der Stockwerkeigentümer oder der Nutzniesser in der Versammlung stimmberechtigt sein solle, auf drei Arten beantworten:

- Stimmberechtigt ist der Nutzniesser oder der Eigentümer allein, unter Ausschluss des anderen.
- Stimmberechtigt sind beide gemeinsam (einheitliche Ausübung).
- Stimmberechtigt ist der Nutzniesser oder der Eigentümer je allein, unter Ausschluss des anderen, nach bestimmten Sachgebieten.

2. Nach ZGB 712o II haben – entsprechend dem Grundsatz, dass die eine Stimme pro Stockwerkeinheit nicht aufgespalten werden kann – der Eigentümer und der Nutzniesser zusammen nur eine Stimme; über deren Abgabe müssen sie sich verständigen[225]. Im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Schranken können sie dabei eine beliebige Regelung treffen. Da ZGB 712o II nicht zwingenden Charakters ist, muss es m.E. – im Gegensatz zur bundesrätlichen Botschaft[226] und zu Friedrich[227] – auch zulässig sein, dass Eigentümer und Nutzniesser vereinbaren, das Stimmrecht gemeinsam auszuüben, d.h. einheitlich zu stimmen (mit einer Stimme) oder sonst (bei fehlender Einigung) sich der Stimme zu enthalten. Das Gesetz verbietet nicht die gemeinsame Stimmrechtsausübung, sondern sieht nur für den Fall, dass keine Einigung zustande kommt[228], eine andere Rechtsfolge vor wie beim Fall des gemeinsamen Eigentums.

Kommt es zwischen dem Eigentümer und dem Nutzniesser zu keiner Verständigung oder kann eine solche nicht dargetan werden[229], gelangt die subsidiäre gesetzliche Regelung zur Anwendung: Nach ZGB 712o II gilt der Nutzniesser in allen Fragen der Verwaltung mit Ausnahme der bloss nützlichen und luxuriösen baulichen Massnahmen als stimmberechtigt. Damit wird auf die allgemeine Regelung

225 Ch. Müller, 92.
226 BBl 1962 II 1520.
227 Friedrich, § 33, N 1.
228 Die Botschaft und Friedrich übersehen eben m.E., dass die Vereinbarung, sich bei unterschiedlicher Auffassung der Stimme enthalten zu wollen, ebenfalls eine Form der gemeinsamen Stimmrechtsausübung ist und eine Einigung darstellt.
229 Zu Recht verlangt Friedrich (§ 33, Abs. 2 und N 2) den Nachweis der Verständigung; wie dieser geleistet wird, hängt von den Verhältnissen im Einzelfall ab; jedenfalls kann nicht generell die Schriftform verlangt werden.

der Nutzniessung zurückgegriffen und nicht wie im Aktienrecht (OR 690 I[230]) dem Nutzniesser allgemein das Stimmrecht eingeräumt: Der Nutzniesser besorgt die Verwaltung (ZGB 755 II[231]) und trägt die Lasten, die zum gewöhnlichen Unterhalt gehören (Auslagen für die Bewirtschaftung, Ausbesserungen, Erneuerungen: ZGB 764 I, 765 I)[232]. Einen Ausnahmefall sieht das Gesetz selber vor: Über nützliche und luxuriöse bauliche Massnahmen kann der Eigentümer selber abstimmen, denn sie gehen über den Bereich der gewöhnlichen Verwaltung hinaus. Gleiches gilt nach Friedrich[233], ohne dass es ausdrücklich gesagt wäre, allgemein für Beschlüsse, die der Einstimmigkeit aller Stockwerkeigentümer bedürfen. Dem kann nicht vollumfänglich zugestimmt werden: Ohne Zweifel ist der Eigentümer stimmberechtigt, wenn es um die Änderung des Zweckes geht, dem die Liegenschaft dienen soll (ZGB 648 II)[234]; hingegen kann dies nicht generell zutreffen hinsichtlich der Änderung der Zuständigkeitsordnung für Nutzung und Verwaltung (ZGB 712g II), denn m.E. kann der Nutzniesser auch in diesem Rahmen trotz des Einstimmigkeitserfordernisses stimmen, wenn es um die Abänderung der gesetzlichen Regeln hinsichtlich notwendiger Massnahmen geht[235].

Vorbehältlich einer anderen vertraglichen Regelung sind Nutzniesser und Eigentümer zur Verhandlung einzuladen[236]. Schwierigkeiten ergeben sich nun, wenn zwischen den beiden Meinungsverschiedenheiten darüber auftreten, ob der Verhandlungsgegenstand noch zur gewöhnlichen Verwaltung gehöre oder nicht mehr. Entscheiden muss darüber schliesslich der Versammlungsvorsitzende; auch hier besteht das Problem, dass er diesbezüglich leicht überfordert sein könnte. Der allgemeine Verweis auf den Ortsgebrauch (ZGB 5 II)[237] wird bei der Abgrenzung im Einzelfall weniger weiterhelfen als die Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse, in denen Nutzniesser und Eigentümer leben, sowie die soziologische Struktur der Stockwerkeigentümergemeinschaft überhaupt[238]. Soweit deshalb der Gesetzgeber mit seiner subsidiären Regelung von ZGB 712o II gerichtliche Auseinandersetzungen über das Stimmrecht vermeiden wollte, ist er insoweit nicht erfolgreich gewesen, als er ein Rechtsproblem (was passiert, wenn sich zwei Berechtigte nicht über die einheitliche Stimmabgabe einigen können?) durch ein anderes, das einen Ermessensentscheid erforderlich macht (was gehört zum gewöhnlichen Unterhalt?), ersetzt hat.

230 Zumal diese Vorschrift nicht unumstritten ist: vgl. Bürgi, Art. 690, N 20.

231 Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift muss insbesondere für die Nutzniessung beim gewöhnlichen Miteigentum ZGB 755 II herangezogen werden (so Appellationsgericht Basel, 25.6.1973, SJZ 1973, 324 f; vgl. auch Schneider, 133 f und – weniger eindeutig – Meier-Hayoz, Art. 647, N 19).

232 Vgl. Leemann, Art. 755, N 8; Studer, 67 f.

233 Friedrich, § 33, N 3.

234 Wenn es nur um eine sehr bescheidene Modifizierung der Bewirtschaftungsart geht, kann man noch nicht von einer Änderung der Zweckbestimmung sprechen, weshalb in einem solchen Fall der Nutzniesser stimmberechtigt ist; zur Zweckbestimmung im einzelnen: vorne § 12 III.

235 So auch Michaud, 38.

236 Eingehend dazu hinten § 22 I B 5.

237 Leemann, Art. 755, N 3.

238 So gilt der Nutzniesser etwa zur Vermietung und Verpachtung des Gegenstandes als befugt: Leemann, Art. 755, N 8; Appellationshof Bern, 28.1.1956, ZbJV 1957, 71.

3. In Deutschland fehlt eine entsprechende gesetzliche Regelung; zur Anwendung kommen kann nur der Grundsatz der einheitlichen Stimmrechtsausübung (WEG 25 II). Abgelehnt wird das Stimmrecht des Niessbrauchers von Baur und Ring. Für Baur[239] ist das Stimmrecht untrennbar mit dem Eigentum verbunden und kann Dritten daher nicht zustehen; überdies würden die Wohnungseigentümer plötzlich fremden Personen gegenüberstehen, deren Eintritt sie nach WEG 12 nicht hätten verhindern können. Nach Ring[240] muss das Stimmrecht wegen der engen persönlichen Bindungen in der Wohnungseigentümergemeinschaft beim Eigentümer bleiben. Diese Argumente können nicht durchschlagen: Beim Niessbrauch werden aus seinem Wesen heraus umfangreiche Eigentumsbefugnisse abgespalten, wobei BGB 1066 die genaue Verteilung vornimmt[241]; dass diese Norm nicht anwendbar sein soll, geht weder aus einer ausdrücklichen Vorschrift noch aus dem Wesen des WEG hervor; deshalb stehen gemäss BGB 1066[242] diejenigen Rechte, die sich aus der ordnungsmässigen Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache ergeben, dem Niessbraucher zu[243]. Der Eintritt neuer Personen kann auch in anderen Fällen nicht verhindert werden (z.B. Erbfolge); zudem steht das personenrechtliche Element in einem engen Zusammenhang mit der sachenrechtlichen, objektbezogenen Verbundenheit[244].

Demgegenüber ist der Niessbraucher nach Pick[245] in allen Fragen nach WEG 15, 16 und 21 stimmberechtigt, nicht aber bei Verfügungshandlungen und bei Beschlüssen, die über seine Befugnisse, d.h. über die ordnungsmässige Verwaltung oder Regelung der Art der Benutzung hinausgehen. Das Stimmrecht steht somit, je nach dem Abstimmungsgegenstand, dem Eigentümer oder dem Niessbraucher zu[246], weshalb ebenfalls die oben erwähnten Abgrenzungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten eintreten können[247].

Mangels einer anderslautenden gesetzlichen Regelung haben Niessbraucher und Eigentümer ihr Stimmrecht in Analogie zu WEG 25 II nach aussen jedoch einheitlich auszuüben[248]; es liegt die gleiche Interessenlage vor wie bei den gemeinsam dinglich Berechtigten und dient zudem der Erleichterung des Rechtsverkehrs[249]. Die anderen Wohnungseigentümer brauchen sich nicht um die internen Rechtsverhältnisse von mehreren Berechtigten zu kümmern. Solange nach aussen zwischen

239 Soergel/Baur, § 25, N 7.
240 Staudinger/Ring, § 25, N 9.
241 Mit dieser Vorschrift setzt sich Baur überhaupt nicht auseinander.
242 Es liegt Sachniessbrauch (Niessbrauch an einem Miteigentumsanteil), nicht Rechtsniessbrauch vor.
243 Schöner, 80.
244 Vgl. Wolff/Raiser, 363 f.
245 Bärmann/Pick, § 13, N 106 f und § 25, N 25 f.
246 Zu den zulässigen Befugnissen des Niessbrauchers wird man neben den Rechten aus WEG 15, 16 und 21 auch die Vermietung und Verpachtung der gemeinschaftlichen Teile rechnen müssen; hingegen fallen aussergewöhnliche Reparaturen, Veränderungen der Sache oder der Wiederaufbau bei Zerstörung (WEG 22) sowie der Ausschluss eines Wohnungseigentümers (WEG 18) in den Bereich des Eigentümers.
247 Vgl. die verschiedenen umstrittenen Beispiele, die Bärmann/Pick, § 15, N 3 ff anführen.
248 Vgl. vorne § 21 IV A; das schweizerische Recht kennt demgegenüber die Sonderregelung von ZGB 712o II.
249 Eingehend Schöner, 84 ff.

Niessbraucher und Eigentümer Meinungsverschiedenheiten kundgetan werden, ist eine gültige Stimmabgabe nicht möglich[250]. Weil sich BGB 1066 nur (aber jedenfalls) im Innenverhältnis durchsetzt, ist in Sachgebieten, in denen jeweils nur einer von beiden das Stimmrecht hat, der andere im Sinne einer Stimmbindung zur entsprechenden Stimmabgabe nach aussen verpflichtet[251]; weigert er sich, wird er auf Grund des internen Rechtsverhältnisses schadenersatzpflichtig.

4. Einen neuen Gedanken hinsichtlich des Stimmrechts des Nutzniessers (und anderer Inhaber beschränkter dinglicher Rechte) hat Mengiardi aufgegriffen; er geht davon aus, dass – entsprechend dem Einspracherecht (ZGB 712c II), das die Nutzungsgemeinschaft schützt – ein Einspracherecht gegen den Übergang des Stimmrechts auf den Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts (zum Schutze der Verwaltungsgemeinschaft) bestehen müsse[252]. Aktuell wird diese "Stimmrechtseinsprache" zwar jedenfalls nur, wenn nicht die Nutzungsbeschränkung, die vorgeht, spielt[253]. Praktisch muss sich der Fall also so verhalten, dass kein wichtiger Grund zur Verweigerung der Einräumung eines Nutzniessungsrechts vorlag (bzw. die Frist zur Einsprache verpasst wurde), später aber die Wünschbarkeit einer Beschränkung auftritt. Weil ein Ausschluss vom Stimmrecht ab und zu kaum denkbar ist, muss der Gemeinschaft durch das Verhalten des Nutzniessers in der Versammlung und durch seine Stimmabgabe eine Gefahr für das Gemeinschaftsleben erwachsen (im Sinne eines wichtigen Grundes), wobei, gestützt darauf, die Stimmrechtseinsprache als berechtigt erscheint. Mengiardi hat damit eine interessante Erweiterung angeregt, auch wenn fraglich ist, ob der Gesetzgeber dies so gewollt hat. Die Stimmrechtseinsprache würde es der Gemeinschaft vorerst auch ersparen, dem Stockwerkeigentümer wegen des Verhaltens seines Nutzniessers gleich den Ausschluss anzudrohen.

5. Auch im Punkte des Stimmrechts des Nutzniessers ist es m.E. empfehlenswert, die Stimmrechtsausübung vertraglich zu regeln. Nicht in Frage kommen kann ein Stimmbindungsvertrag, weil mit ihm nur die Art und Weise der Stimmabgabe des jeweiligen Stimmberechtigten geregelt wird, nicht aber die Frage, wer stimmberechtigt ist. Zu verneinen ist die Zulässigkeit der reinen Stimmrechtsübertragung, denn weil das Stimmrecht Rechtsfolge der dinglichen Beteiligung an der Miteigentümergemeinschaft ist, kann es nicht selbständig verkehrsfähig sein (untrennbare Verbindung)[254].

Hingegen kann der Eigentümer dem Nutzniesser eine generelle Vollmacht einräumen, für ihn abzustimmen[255]; je nach dem internen Vertrag votiert dann der Nutzniesser in fremdem Namen (Bevollmächtigung) oder in eigenem Namen (Ausübungsermächtigung). Wird dies dem Verwalter angezeigt, kann er die Einladung zur Versammlung jeweilen nur dem Nutzniesser zustellen und dieser ist in ihr hinsichtlich aller Fragen (aus eigenem Recht oder kraft Vollmacht) stimmberechtigt.

250 Vorne § 21 IV A.
251 Schöner, 86.
252 Mengiardi, 108 ff.
253 Mengiardi, 117 f.
254 Bärmann, Einleitung, N 203 ff; zu trennen von der abstrakten Stimmrechtsübertragung (als eines Teils des Mitgliedschaftsrechts) ist die Einräumung einer Ausübungsermächtigung, die zulässig ist (Forstmoser/Meier-Hayoz, § 2, N 23; Bärmann/Pick, § 25, N 19, 22).
255 Eine umgekehrte Bevollmächtigung ist natürlich auch möglich, doch wird dies meist nicht der konkreten Interessenlage entsprechen.

Schwierigkeiten tauchen dann auf, wenn die Vertretungsmöglichkeiten in der Gemeinschaftsordnung (Reglement) stark eingeschränkt sind (z.B. auf andere Stockwerkeigentümer)[256]: Gerade in einem solchen Fall erscheint es aber als fraglich, ob eine diesbezügliche Beschränkung nicht rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich ist. Sinn solcher Beschränkungen kann es nur sein, die Teilnahme von Personen in der Stockwerkeigentümerversammlung zu verhindern, die mit der betreffenden Gemeinschaft nichts zu tun haben und demgemäss mit den Verhältnissen nicht vertraut sind; dieser teleologische Gedanke trifft aber auf den Nutzniesser nicht zu, denn er ist ja, kraft seines beschränkten dinglichen Rechts, für gewisse Fragen ohnehin stimmberechtigt. Deshalb muss m.E. eine dem Nutzniesser erteilte Stimmvollmacht auch dann beachtlich sein, wenn im übrigen die Vertretungsmöglichkeiten beschränkt sind.

Weiter vertraglich regeln lässt sich auch die Frage, inwieweit den Stockwerkeigentümern eine oben erwähnte "Stimmrechtseinsprache" zukommen soll.

C Das Stimmrecht beim Wohnrecht

Entsprechende Regeln wie für die Nutzniessung gelten grundsätzlich auch für das Wohnrecht (ZGB 776 III; BGB 1093). Voraussetzung ist jedoch, dass es sich um ein ausschliessliches Wohnrecht handelt; ist nur ein Mitbenutzungsrecht vereinbart, ist der Eigentümer auch hinsichtlich der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen stimmberechtigt, denn er trägt ebenfalls die laufenden Unterhaltskosten (ZGB 778 II)[257]. Werden nur einzelne Räume einer Stockwerkeinheit im Wohnrecht abgegeben, ist m.E. der Eigentümer in den ihm ohnehin zustehenden Angelegenheiten stimmberechtigt, währenddem er zusammen mit dem Wohnungsberechtigten das Stimmrecht in den übrigen, die gewöhnliche Verwaltung betreffenden Fragen nach den Regeln der gemeinsamen Berechtigung[258] einheitlich auszuüben hat.

Konkret ist jedoch, vorbehältlich einer besonderen vertraglichen Regelung, der Umfang der Befugnisse des Wohnungsberechtigten meist beschränkter als derjenige des Nutzniessers, denn beim Wohnrecht überlässt der Eigentümer eine weniger ausgebaute, beschränkte dingliche Rechtsstellung; im allgemeinen Sprachgebrauch kann dies vereinfachend mit Gebrauch im Gegensatz zur Nutzung (bei der Nutzniessung) umschrieben werden. Vor allem im Hinblick auf die gemeinschaftlichen Teile gehen die Rechte des Wohnungsberechtigten weniger weit (Stimmrecht bei Beschlüssen über Vermietung bzw. Verpachtung oder über Instandsetzungsarbeiten nur so weit, als dies mit der Kostentragungspflicht korreliert), denn er hat diesbezüglich nur ein Mitbenützungsrecht[259]. Mit dem Umfang der Rechte des Wohnungs-

256 Vgl. vorne § 21 III A.
257 Ch. Müller, 93.
258 Vorne § 21 IV A.
259 Generell lassen sich die beschränkteren Befugnisse nur ungenau umschreiben; im einzelnen ergibt sich dies aus der Kostentragungspflicht, werden doch dem Wohnungsberechtigten weniger Lasten aufgebürdet als dem Nutzniesser (vgl. Leemann, Art. 778, N 2 f und N 6 f und hinten Anm. 262).

berechtigten (und damit auch den Angelegenheiten, in denen er stimmberechtigt ist) hat sich kürzlich der deutsche Bundesgerichtshof einlässlich auseinandergesetzt[260]. Unzweifelhaft ist, dass bei Beschlüssen, die den Gebrauch der im Sonderrecht stehenden Stockwerkeinheit betreffen (ZGB 712a II; WEG 15 II), der Wohnungsberechtigte stimmberechtigt ist, denn der Eigentümer hat sich des Rechts, über die Benutzung der Wohnung zu bestimmen, begeben. Ebenso hat der Wohnungsberechtigte das Teilnahme- und Mitbestimmungsrecht in der Versammlung in Fragen des Gebrauchs der gemeinschaftlichen Teile, weil diese Rechte nach sachenrechtlichen Grundsätzen von demjenigen ausgeübt werden, dem das dingliche Mitbenutzungsrecht nunmehr zusteht[261]. Auf den Einzelfall abzustellen ist bei der Stimmrechtsausübung im Hinblick auf die Verwaltung der gemeinsamen Anlagen und Einrichtungen: Das Stimmrecht muss als Korrelat zur Lastentragungspflicht aufgefasst werden. In der Schweiz und in Deutschland trägt der Wohnungsberechtigte nur die Kosten des gewöhnlichen Unterhalts der von ihm direkt gebrauchten Sache, weshalb er in diesen Bereichen stimmberechtigt ist, während die Lastentragungspflichten hinsichtlich der gemeinschaftlichen Teile den Eigentümer treffen[262]: Wenn es also um die Instandhaltung oder Instandsetzung solcher Gebäudeteile geht, ist er zur Stimmrechtsausübung befugt. Im Hinblick auf die Hausordnung steht dem Wohnungsberechtigten das Mitbestimmungsrecht insoweit zu, als die Hausordnung den Gebrauch derjenigen Räume, Einrichtungen und Anlagen regelt oder regeln soll, auf die sich das Recht des Wohnungsberechtigten zur Benutzung oder Mitbenutzung erstreckt[263].

Da die dargestellten Regeln dispositiver Natur sind, können Eigentümer und Wohnungsberechtigter auch eine andere Ordnung vereinbaren, insbesondere dadurch, dass der eine den anderen zur Stimmrechtsausübung bevollmächtigt.

V Andere (formelle) Mitwirkungsrechte

Die Befugnis, an der Willensbildung der Gemeinschaft in irgendeiner Hinsicht mitzuwirken, setzt nicht nur das Vorhandensein eines Stimmrechts voraus, sondern dieses muss in der Versammlung auch ausgeübt werden können. Die Mitgliedschaftsstellung des einzelnen umfasst deshalb insbesondere das Recht auf Teilnahme an der Versammlung (bei Untätigkeit des Verwalters allenfalls ein Einberufungsrecht der Minderheit[264]) und die Möglichkeit, sich an ihr auszusprechen und Anträge zu stellen.

1. Das Teilnahmerecht im engeren Sinne ist das Recht auf Anwesenheit in der Versammlung. Dieses Recht haben alle Stockwerkeigentümer, aber auch nur die

260 BGH, 26.11.1976, Der Betrieb 1977, 344 ff.
261 Der Betrieb 1977, 345.
262 Leemann, Art. 778, N 2 a.E. und N 3 (e contrario); für Deutschland: BGH, 4.7.1969, BGHZ 52, 239.
263 Der Betrieb 1977, 345.
264 Dazu hinten § 22 I A 2.

Stockwerkeigentümer; als wohlerworbenes Recht[265] steht es ihnen zwingend zu. Der Umfang stimmt nicht mit demjenigen des Stimmrechts überein: Ein Teilnahmerecht hat m.E. grundsätzlich auch der wegen Interessenkollision nicht stimmberechtigte Stockwerkeigentümer oder der Nutzniesser in nicht sein Stimmrecht betreffenden Angelegenheiten. Dritten dagegen fehlt ein Teilnahmerecht; sie können höchstens zur Versammlung zugelassen werden. Ein solches Recht auf Anwesenheit müssen der Verwalter und andere Personen, die z.B. dem Ausschuss oder der Kontrollstelle angehören, aber nicht Stockwerkeigentümer sind, gestützt auf ihre vertraglichen Rechtsbeziehungen zur Gemeinschaft erhalten, damit sie ihre Arbeit vor der Versammlung auch wirklich vertreten können.

Ein genereller Ausschluss eines Stockwerkeigentümers von der Teilnahme an der Versammlung ist nicht zulässig. Immerhin ist ein beschränktes Verbot der Teilnahme wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (ZGB 2; BGB 242) oder ungebührlichen Benehmens denkbar[266]. Liegt ein den anderen Stockwerkeigentümern unzumutbares Verhalten des Fehlbaren vor, kann, sofern die Voraussetzungen von ZGB 649b/WEG 18 vorliegen, das Ausschlussverfahren eingeleitet werden; als minus in maiore dürfte dann aber auch die vorübergehende Suspendierung in den Mitwirkungsrechten zulässig sein. Ebenso bleibt der Versammlung das Recht vorbehalten, bestimmte Personen (z.B. den Verwalter) auszuschliessen, wenn über Angelegenheiten verhandelt wird, die sie persönlich betreffen[267].

Sowohl ausgeschlossene Stockwerkeigentümer wie nicht zugelassene Dritte können die entsprechenden Beschlüsse anfechten mit der Begründung, der Ausschluss sei nicht gerechtfertigt gewesen oder ein bestimmter Rechtstitel hätte zur Teilnahme berechtigt; nach der überwiegenden Lehre ist dabei die Kausalität der Stimmkraft irrelevant, weil ungewiss bleibt, wie gross der Einfluss des Zurückgewiesenen gewesen wäre[268].

Zudem erheben sich keine durchschlagenden Bedenken dagegen, einen Stockwerkeigentümer, der sich zur Teilnahme an der Versammlung unfähig erweist, durch Beschluss zu zwingen, einen geeigneten Vertreter zu entsenden[269].

2. Auch beim Debatterecht (Recht auf Gehör) handelt es sich um ein wohlerworbenes Recht, das vertraglich nicht generell eingeschränkt werden kann[270]. Unzulässig wäre es deshalb m.E., das Debatterecht auszuschliessen, wenn das Stimmrecht wegen Interessenkollision ruht, oder es davon abhängig zu machen, ob

265 Schluep, 148 f.

266 Schluep, 151. Jüngst hat das LG München I (13.7.1978, DNotZ 1978, 630 f) entschieden, als Inhalt des Sondereigentums könne vereinbart werden, dass der Verwalter einen Wohnungseigentümer, der mit der Zahlung von Beiträgen länger als einen Monat in Verzug ist, von der Teilnahme an der Versammlung und der Abstimmung ausschliessen darf. Soweit das Stimmrecht betroffen ist, entspricht dies der – zu billigenden – herrschenden Lehre (vorne § 21 II C 4); hingegen ist es m.E. äusserst problematisch, den Betroffenen auch von der Versammlung auszuschliessen, weil schon ein Verschulden nicht immer klar auf der Hand liegt und eine solche Beschränkung der Rechtsstellung als Gemeinschafter so ausgeprägt ist, dass die Abklärungen des Verwalters allein nicht ausreichen.

267 Bärmann/Pick, § 24, N 21.

268 Bürgi, Art. 691, N 28; Jäggi, Von der Beratung an der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, 340 f; a.A. Haefliger, 22 f.

269 Bärmann/Pick, § 25, N 64.

270 Schluep, 151 f; Studer, 60.

der Betroffene alle Beiträge an die Gemeinschaft ordnungsgemäss bezahlt hat[271]. Immerhin kann das Recht auf Gehör nur im Rahmen des Möglichen und Angemessenen bestehen[272]; es gilt das Gebot der Proportionalität[273]. So sind als Schranken denkbar: Gesprochen werden kann nur während der Redezeit, zum Verhandlungsgegenstand, in verständlicher Sprache und nicht gegen die öffentliche Ordnung und die Rechte anderer verstossend; überdies muss es der Gemeinschaftsordnung möglich sein, aus Organisationsgründen gewisse einschränkende Regelungen (z.B. Redezeitbeschränkung) zu statuieren[274].

3. Wohlerworben ist weiter das Antragsrecht innerhalb der angekündigten Traktanden[275]; allgemein gelten dabei dieselben Grundsätze wie beim Debatterecht[276].

4. Schliesslich steht den Stockwerkeigentümern ein Einsichtsrecht zu. Während in der Schweiz überhaupt eine ausdrückliche Vorschrift fehlt, gibt WEG 24 VI a.E. ein Recht auf Einsicht in das Protokoll. Diese Vorschrift erscheint jedoch als zu eng: Wenn der Stockwerkeigentümer sein Aufsichts- und Kontrollrecht über den Verwalter wahrnehmen will, muss in der Schweiz und in Deutschland das Einsichtsrecht alle abgelegten Akten zum Gegenstand haben, ebenso wie sich das Auskunftsrecht auf alle Tatsachen zu beziehen hat, deren Kenntnisse für die Ausübung der Mitverwaltungsrechte wesentlich sind[277]. Dazu gehören insbesondere die der Jahresabrechnung zugrunde liegenden Belege[278], die im übrigen auch nach Durchführung der entsprechenden Versammlung eingesehen werden dürfen[279]. Einschränkendere vertragliche Vereinbarungen halten m.E. nicht stand[280]. Hingegen haben Dritte kein Einsichtsrecht in die Akten, auch nicht in die Protokolle; ebenso genügt nicht ein geltend gemachtes Kaufinteresse an einer Stockwerkeinheit[281]. Der einzelne Stockwerkeigentümer kann aber einen Dritten ermächtigen, sich Einsicht gewähren zu lassen[282]; werden dabei berechtigte Interessen verletzt, ist der fragliche Stockwerkeigentümer schadenersatzpflichtig. Immerhin kann die Gemeinschaftsordnung (Reglement) unter bestimmten Voraussetzungen ein Einsichtsrecht eines Dritten vorsehen.

Neben der Auskunftspflicht auf Grund des Verwaltervertrages (OR 400) trifft den Verwalter auch gestützt auf ZGB 712t III und WEG 27 II 3 eine beschränkte

271 Demgegenüber kann das strukturell nicht gleich gelagerte Stimmrecht ruhen (vgl. vorne § 21 II C 4).
272 Bärmann/Pick, § 25, N 50.
273 Studer, 60.
274 Die im Aktienrecht entwickelten Regeln können entsprechend herangezogen werden (vgl. Jäggi, Von der Beratung an der Generalversammlung der AG, v.a. 341 ff; Schluep, 152 f).
275 Ein Recht auf die Ansetzung neuer Traktanden hat der einzelne Stockwerkeigentümer nicht; erforderlich ist das Minderheitenquorum für die Einberufung (hinten § 22 I B 3).
276 Schluep, 154 ff; Studer, 61.
277 Studer, 58; vgl. auch K. Müller, 97 f.
278 BayObLG, 17.7.1972, Rechtspfleger 1972, 411 f.
279 Ein besonderer Interessennachweis muss nicht geleistet werden (vgl. BayObLG, 27.7. 1978, MDR 1979, 142 f).
280 Der Umfang des Einsichtsrechts in der AG gemäss OR 697 ist zu beschränkt, als dass davon auch im Stockwerkeigentum ausgegangen werden könnte; die Stockwerkeigentümer bilden denn auch nicht eine juristische Person und in ihrer Gemeinschaft besteht im Innenverhältnis nur eine sehr begrenzte Geheimsphäre.
281 Gegenüber Dritten können geheimhaltungwürdige Fakten vorliegen.
282 Bärmann/Pick, § 24, N 35; Weitnauer/Wirths, § 24, N 8.

Informationspflicht. Die Stockwerkeigentümer können die einzelnen Tatbestände konkretisieren und vertraglich auch erweitern.

VI Anhang: Mitwirkungspflichten

Sowohl das schweizerische wie das deutsche Recht sehen gesetzlich keinen Mitwirkungszwang der einzelnen Stockwerkeigentümer an den gemeinschaftlichen Angelegenheiten vor; es besteht grundsätzlich die Freiheit der Nichtausübung seiner Rechte. Eine Pflicht zur Teilnahme an der Versammlung kann jedoch vertraglich vereinbart werden[283]; opportun dürfte aber eine solche Anordnung nur in ganz kleinen Gemeinschaften sein. Als Sanktion bei Nichterscheinen kommt eine Geldstrafe in Frage; wird diese vertraglich vorgesehen, muss jedenfalls dann von einer Ausfällung abgesehen werden, wenn der betroffene Stockwerkeigentümer aus einem wichtigen Grund (ZGB 2; BGB 242) an der Teilnahme verhindert war. Ein ständiges Nichterscheinen zu der Versammlung (mit der Folge der Beschlussunfähigkeit oder der Beschlussfassungsunmöglichkeit) lässt sich jedoch als Verstoss gegen den Verhaltensgrundsatz von Treu und Glauben sehen, der allenfalls den Betroffenen schadenersatzpflichtig macht[284].

Sinnvoll ist unter Umständen die Festlegung der Teilnahmepflicht des Verwalters; dies hat in seinem Vertrag mit der Gemeinschaft zu geschehen; vorbehalten bleiben wiederum nach Treu und Glauben wichtige Hinderungsgründe. Die Teilnahme des Verwalters ist deshalb besonders bedeutungsvoll, weil die Stockwerkeigentümer ihm, z.B. bei der Genehmigung der Jahresrechnung, Fragen stellen können müssen. Unzulässig wäre m.E. demgegenüber eine Bestimmung, wonach der Verwalter einerseits von der Pflicht zur Teilnahme an der Versammlung befreit wird, wenn er eine schriftliche Stellungnahme abgibt, anderseits aber eine erneute Beschlussfassung verlangen kann, wenn nicht in dem Sinne entschieden wird, wie er es beantragt hat[285]; die Gültigkeit eines Beschlusses kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Verwalter anwesend war, würde doch dadurch seine Macht unzulässig gestärkt.

§ 22 Die Durchführung der Versammlung

Von Problemen der Durchführung der Versammlung ist im schweizerischen Stockwerkeigentumsrecht in ZGB 712n und p die Rede. Neben den vereinsrechtlichen Vorschriften und allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind im Rahmen der Beschlussfassung noch die Vorschriften des einfachen Miteigentums (ZGB 647–647e) zu berücksichtigen.

283 Überblick über die Literatur zu den verschiedenen Gemeinschaften bei Weber-Dürler, 79 f.
284 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 646, N 76; Studer, 35.
285 So auch Bopp, 145 f.

Eingehender ist die Durchführung der Versammlung im WEG geregelt: Zu beachten sind WEG 23 I–III, 24 sowie 25 I, III, IV.

I Die Einberufung der Versammlung

In der Schweiz befasst sich einzig ZGB 712n I mit der Einberufung der Versammlung: Geregelt wird die primäre Zuständigkeit des Verwalters. Hinsichtlich der Frage, wer sonst noch zur Einberufung kompetent sein könnte, sowie bezüglich deren Form und Inhalt müssen kraft des Verweises von ZGB 712m II das Vereinsrecht (ZGB 64 und 67 III), allgemeine Rechtsgrundsätze und allenfalls die ausführliche aktienrechtliche Regelung (OR 700) herangezogen werden.

Eingehender ist die Einberufung der Versammlung in Deutschland geregelt (WEG 24 I–IV).

A Die Zuständigkeit zur Einberufung der Versammlung

1. Der Verwalter

In erster Linie wird die Versammlung vom Verwalter einberufen (ZGB 712n I; WEG 24 I); er führt die laufenden Geschäfte und ist deshalb am besten über die Notwendigkeit der Durchführung einer Versammlung orientiert[1].

a) Gemäss WEG 24 I hat der Verwalter in Deutschland die Versammlung "mindestens einmal im Jahre" einzuberufen; auch wenn diese Vorschrift nicht eindeutig für unabdingbar erklärt worden ist, erscheint m.E. ein genereller Verzicht darauf als unzulässig, weil die Beteiligten dadurch auf ihr Debatte- und Gehörsrecht verzichten würden. In der Schweiz fehlt eine ausdrückliche Bestimmung, doch muss dasselbe gelten: Nach ZGB 712m I 4 hat die Versammlung "jährlich den Kostenvoranschlag, die Rechnung und die Verteilung der Kosten unter den Eigentümern zu genehmigen". Dieser Aufgabe kann die Versammlung nur nachkommen, wenn sie einmal im Jahr zusammentritt, da sie als oberstes Organ diese Kompetenz nicht abgeben kann[2]. Eine Reglementsbestimmung, wonach die Versammlung nur alle zwei Jahre einberufen zu werden brauche, wäre also unzulässig.

b) WEG 24 I und der entsprechende schweizerische Grundsatz sind jedoch nur halbzwingender Natur: Der Verwalter kann nämlich die Versammlung so oft einberufen, als es ein ordnungsmässiger Geschäftsgang als geboten erscheinen lässt; die Einberufung steht in seinem Ermessen. Die Einberufungen dürfen nur nicht ohne sachliche Notwendigkeit in so kurzer Zeit folgen, dass die Ausübung seiner Kompetenz als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden muss. Praktisch wird es aber kaum

1 Zur Frage der Zuständigkeit, wenn die Stockwerkeigentümergemeinschaft keinen Verwalter bestellt hat: hinten Ziff. 2 und 4.

2 Sofern keine ausserordentlichen Vorkommnisse (z.B. Anordnung wichtiger Massnahmen) vorliegen, drängt sich auch nicht eine mehrmalige Durchführung einer Versammlung jährlich auf.

je zu einem solchen Streitfall kommen, weil es wohl bei gehäuften Versammlungsdaten schnell an der Beschlussfähigkeit fehlen dürfte[3].

Schliesslich kann die Gemeinschaftsordnung (bzw. das Reglement) ausserordentliche Fälle vorsehen, in denen der Verwalter eine Versammlung einzuberufen hat[4].

2. Eine Minderheit von Stockwerkeigentümern

a) Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift im Stockwerkeigentumsrecht kommt ZGB 64 III zur Anwendung, wonach ein Fünftel aller Stockwerkeigentümer ("Mitglieder") die Einberufung verlangen kann. Nach einer anfänglichen Unsicherheit[5] darf dieses Einberufungsrecht der Minderheit in der Schweiz als allgemein anerkannt gelten. Ebenso herrscht Einigkeit darüber, dass es sich um eine halbzwingende Vorschrift handelt, die vertraglich nicht verschärft (z.B. 1/3), wohl aber erleichtert werden kann (z.B. 1/10)[6].

b) Nach WEG 24 II ist ein Viertel der Wohnungseigentümer berechtigt, die Einberufung der Versammlung zu verlangen. Während Jahren ist diese Vorschrift mit der Begründung, der zwingende Charakter gehe nicht, wie von WEG 10 I verlangt, ausdrücklich aus der Norm hervor, für dispositiv gehalten worden[7]. 1972 hat jedoch das BayObLG[8] dieser Vorschrift erstmals die Funktion eines Minderheitenschutzrechtes zuerkannt, indem es wohl die Modifizierung, nicht aber die gänzliche Beseitigung als zulässig erachtete[9]. Die allzustarke Einschränkung des Minderheitenrechtes widerspreche der vom WEG verfolgten Förderung des Eigenbesitzes; zudem beruhe diese Regelung allenfalls auf einer missbräuchlichen Ausnutzung der Macht durch den Bauträger; "das schliesst jedoch nicht aus, dass das Minderheitenrecht, abweichend von § 24 Abs. 2 WEG, ungünstiger gestaltet wird ..., wenn es nur als solches erhalten bleibt"[10]. Die Lehre ist dem BayObLG fast einhellig gefolgt[11]. Nach dem Gerichtsentscheid ist immerhin der Viertel als solcher nicht unabdingbar; das Recht der Minderheit darf nur nicht in seinem Kernbereich berührt werden; WEG 24 II ist verletzt, wenn eine so grosse Zahl von Wohnungseigentümern die Einberufung verlangen muss, dass von einem Minderheitenrecht nicht mehr gesprochen werden kann. Immerhin ist es fraglich, ob angesichts der neueren deutschen Rechtsentwicklung z.B. eine Vereinbarung mit einem Drittel eine Chance auf Ge-

3 Zu den relativ strengen Voraussetzungen der Beschlussfähigkeit: hinten § 22 II B.
4 Zu den Rechtsbehelfen, sofern der Verwalter seiner Einberufungspflicht nicht nachkommt: hinten Ziff. 4.
5 Friedrich, § 30, N 6.
6 Ch. Müller, 89; Studer, 56; Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 40; Michaud, 27; Egger, Art. 63, N 4 und Art. 64, N 8; Heini, 557.
7 Statt vieler: Staudinger/Ring, § 24, N 3; Soergel/Baur, 10. Aufl. 1968, § 24, N 1.
8 BayObLG, 5.10.1972, NJW 1973, 151 f; ausführlicher bei Ullrich, 112 ff.
9 NJW 1973, 152 (mit ausführlicher Literaturzusammenstellung der abgelehnten – dispositiven – Ansicht); für die Zwingenderklärung schon Karstädt, BlGBW 1962, 312 (vgl. auch Diester, BlGBW 1963, 296).
10 NJW 1973, 152.
11 Bärmann/Pick, § 24, N 12; Weitnauer/Wirths, § 10, N 10, § 24, N 1a; Diester, Rechtsfragen, N 274; Palandt/Bassenge, § 24, N 2; Hauger, 213.

nehmigung hätte oder ob sich nicht, entsprechend der Schweiz, der halbzwingende Charakter des Minderheitenrechtes durchsetzt[12].

c) Ist das Minderheitenquorum nach Köpfen, nach Anteilen oder nach beidem zu zählen?

In Deutschland sind sich Rechtsprechung und Lehre darüber einig, dass sich der Viertel nach der Kopfzahl bestimmt, unabhängig davon, wieviele Anteile die betreffenden Wohnungseigentümer innehaben[13]. Grundsätzlich geht nämlich das WEG davon aus, dass der Wohnungseigentümer ohne Rücksicht auf die Höhe seiner Anteile in der Versammlung eine Stimme hat (25 II); die Anteile geben keine zusätzlichen Rechte ab. Deshalb ist es folgerichtig, auch beim Einberufungsquorum auf die Personenzahl abzustellen.

In der Schweiz bemessen sich die Minderheiten-Einberufungsrechte im Verein (ZGB 64 III) und in der Genossenschaft (OR 881 II) nach den Köpfen, in der AG (OR 699 III) und in der GmbH (809 II) nach den Anteilen. Obschon ZGB 712m II grundsätzlich auf das Vereinsrecht verweist, kann nicht unbesehen dessen Lösung übernommen werden, sondern es ist auf die Struktur der Stockwerkeigentümergemeinschaft abzustellen. Aus dem Wesen des Stockwerkeigentums ergibt sich nun, dass bei ihm als einer weitgehend auf die Personen, nicht auf unternehmerische Gesichtspunkte zugeschnittenen Gemeinschaft das Kopfstimmenprinzip im Vordergrund steht. Das Gesetz geht vom Grundsatz: ein Stockwerkeigentümer = eine Stimme aus[14]. Es wiegt weniger schwer, wenn ein Fünftel mit einer sehr kleinen Quotenbeteiligung die Versammlung einberufen kann, als wenn (auch) das Minderheitenrecht vom finanziellen Anteil an der Gemeinschaft abhängen würde bzw. der wirtschaftlich Stärkste unter Umständen die Versammlung allein einberufen könnte. Eine Minderheit muss auch dann das Einberufungsrecht haben, wenn vorauszusehen ist, dass wegen des Anteilsstimmrechts ihr Antrag in der Versammlung wenig Aussichten hat[15]. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass das Gesetz nicht auf die Anteile abstellt[16]. Abzulehnen ist auch die Kumulation von Anteilen und Kopfstimmen[17]: Zwar wird damit die Gefahr gebannt, dass eine kleine Minderheit die Einberufung verlangen kann, jedoch um den Preis, dass unter Umständen das Minderheitenrecht in seinem Kernbereich tangiert und zu einem Mehrheitsrecht wird.

Die Frage, ob dieses Minderheitenrecht nach Kopfstimmen durch Vereinbarung auch in ein solches nach Anteilen umgestaltet werden kann, ist meines Wissens noch nicht gestellt worden. Sie ist zu verneinen. Anders als bei der normalen Beschlussfassung, bei der durch Vereinbarung das Stimmrecht nach Anteilen eingeführt wer-

12 So sprechen etwa Palandt/Bassenge, § 24, N 2 bereits heute generell von einem unabdingbaren Recht.

13 OLG Hamm, 4.9.1973, NJW 1973, 2300 f; Bärmann/Pick, § 24, N 4.

14 Dies zeigt sich etwa darin, dass jeder Stockwerkeigentümer nur eine Stimme hat, dass pro Stockwerkeinheit nur eine Stimme abgegeben werden kann und dass – bei der Qualifizierung – von der Mehrheit der Miteigentümer und der Anteile die Rede ist.

15 BayObLG, 5.10.1972, NJW 1973, 151.

16 Diese Lösung vertritt Friedrich in seinem Reglement, § 30, Abs. 4.

17 So Michaud, 27 u.a. mit der Begründung, damit werde eine Angleichung an die wichtigeren Verwaltungshandlungen erreicht. Der Vergleich vermag aber nicht zu überzeugen: Während beim Einberufungsrecht eine Minderheit geschützt wird, soll bei der qualifizierten Beschlussfassung die anteilsmässige Mehrheit vor der personellen Mehrheit (im Hinblick auf die Kostentragung) geschützt werden.

den kann[18], hat der Gesetzgeber der personellen Minderheit ein Schutzrecht einräumen wollen. In denjenigen Fällen, in denen aus Rücksicht auf die wirtschaftlich stärker beteiligten Stockwerkeigentümer ohnehin das Anteilsstimmrecht in der Versammlung gilt[19], soll nicht für die Einberufung auch noch auf die Wertquote abgestellt werden, wodurch die finanzielle Minderheit, personell aber allenfalls Mehrheit, des Schutzrechtes beraubt würde[20].

d) Es kann der Fall eintreten, dass ein interessierter Stockwerkeigentümer das erforderliche Quorum nicht zustande bringt, weil die anderen desinteressiert sind. Soweit es um konkrete Verwaltungshandlungen geht, kann in einem solchen Fall jeder Stockwerkeigentümer die dringenden Massnahmen selber vorkehren oder beim Richter ein Begehren um ordnungsmässige Verwaltung einreichen[21]. Einen Sonderfall bildet diesbezüglich WEG 12 (Zustimmung der Wohnungseigentümerversammlung zur Veräusserung der Stockwerkeinheit). Wenn der Verwalter auf den entsprechenden Hinweis hin nicht selber tätig wird und der betroffene Wohnungseigentümer das erforderliche Quorum nicht erreicht, ist die Wahrscheinlichkeit sehr gross, dass sein Begehren auch materiell abschlägig behandelt würde. Es dürfte deshalb sinnvoller sein, direkt den Prozess über die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliege, einzuleiten[22].

3. Der Ausschuss

Im Rahmen der Novellierung von 1973 ist WEG 24 III ins Gesetz eingefügt worden, wonach der Vorsitzende des Verwaltungsbeirates die Versammlung einberufen kann, wenn ein Verwalter fehlt oder er pflichtwidrig die Einberufung verweigert. Durch diese Bestimmung sollten dem einzelnen Wohnungseigentümer entsprechende Schritte erspart werden. Die Vorschrift ist, da ja ein Verwaltungsbeirat nicht eingesetzt zu werden braucht, dispositiv[23]. Fehlt ein Verwalter, ist das Einberufungsrecht unproblematisch. Hingegen mangelt es an einer rechtsgenügenden Konkretisierung der "pflichtwidrigen Weigerung des Verwalters": Bestehen nämlich Zweifel hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit und ruft der Verwaltungsbeirat dennoch eine Versammlung ein, ist die Gültigkeit der in ihr gefassten Beschlüsse in Frage gestellt, weil es, sofern keine Pflichtwidrigkeit vorlag, an einer ordnungsmässigen Einberufung fehlte[24]. Weitnauer/Wirths[25] schlagen deshalb zu Recht vor, dann, wenn nicht jeder Zweifel über die Pflichtwidrigkeit ausgeschlossen ist, vorerst den Richter anzurufen, der gegebenenfalls den Vorsitzenden des Verwaltungsbeirates zur Einberufung ermächtigen kann.

In der Schweiz fehlt eine entsprechende Bestimmung; so wie die Stockwerkeigentümer frei sind, einen Ausschuss zu bestellen, können sie ihm auch entspre-

18 Vorne § 21 I.
19 Hält die Gemeinschaft am Kopfstimmenprinzip fest, wird sie für die Einberufung ohnehin nicht auf die Anteile abstellen wollen.
20 Zur Form, in der das Begehren der Minderheit einzureichen ist, hinten B 2.
21 Vorne § 17 II A und § 19 II B.
22 Vgl. dazu Bopp, 145.
23 Weitnauer/Wirths, § 24, N 1c.
24 Diester, Rechtsfragen, N 53, 62, 273.
25 Weitnauer/Wirths, § 24, N 1c.

chende Befugnisse einräumen[26]. Im Reglement aufzuführende mögliche Einberufungsgründe zuhanden des Ausschusses wären etwa[27] die vorübergehende Abwesenheit des Verwalters (z.B. Ferien), die länger dauernde Verhinderung (z.B. Krankheit, Tod), die Weigerung des Verwalters, wenn ein Fünftel der Stockwerkeigentümer die Einberufung verlangt oder die Ansetzung einer speziellen Versammlung im Hinblick auf die Abberufung des Verwalters; hingegen stösst ein generelles Einberufungsrecht des Ausschusses bei Nachlässigkeit des Verwalters[28] auf die bereits dargelegten Bedenken.

4. Rechtsbehelfe bei Untätigkeit des Verwalters

Aus verschiedenen Gründen kann der Verwalter zur Einberufung einer Versammlung verpflichtet sein (jährliche Versammlung, spezielle Anordnung im Reglement, Begehren eines Fünftels aller Stockwerkeigentümer). Was können die Stockwerkeigentümer nun unternehmen, wenn der Verwalter untätig bleibt?

Weder das ZGB noch das WEG räumen dem einzelnen Stockwerkeigentümer das Recht ein, subsidiär die Versammlung selber einzuberufen. Weigert sich der Verwalter, diesbezügliche Schritte zu unternehmen, muss er vom Gericht auf entsprechende Klage hin dazu angehalten werden[29]. Bleibt der Verwalter trotz der richterlichen Aufforderung untätig, ist seine Abberufung – aus wichtigen Gründen – mit einfacher Stimmenmehrheit möglich[30].

Die Abberufung und Neubestellung des Verwalters können jedoch längere Zeit in Anspruch nehmen. Dennoch drängen unter Umständen unaufschiebbare Anordnungen die Abhaltung einer Versammlung gebieterisch auf. In Analogie zu BGB 37 II haben deshalb Rechtsprechung und Lehre in Deutschland die Möglichkeit des einzelnen Wohnungseigentümers anerkannt, sich vom Gericht zur Einberufung einer Versammlung ermächtigen zu lassen[31,32]. Diese gerichtliche Ermächtigung ergibt sich aus dem Anspruch auf eine ordnungsmässige Verwaltung[33].

26 Die Stockwerkeigentümer sind in der Umschreibung der Aufgaben des Ausschusses frei; es ist deshalb unerheblich, dass die Einberufungskompetenz in 712m I 3 nicht ausdrücklich erwähnt ist; im einzelnen hinten § 25 III.

27 Vgl. Michaud, 29.

28 So Michaud, 29.

29 Friedrich, § 30, N 6; Egger, Art. 64, N 10 a.E.; Riemer, 259; Bärmann/Pick, § 24, N 7; Weitnauer/Wirths, § 24 N 1; BayObLG, 27.1.1970, NJW 1970, 1137.

30 Dazu hinten § 27 III B. Zudem wird der Verwalter allenfalls schadenersatzpflichtig.

31 BayObLG, 27.1.1970, NJW 1970, 1137; Bärmann/Pick, § 24, N 7; Weitnauer/Wirths, § 24, N 1b; Soergel/Baur, § 24, N 4; Palandt/Bassenge, § 24, N 1; Staudinger/Ring, § 24, N 3; Hauger, 215; vgl. auch die Darstellung der Nuancen in den Ansichten bei Merle, Bestellung, 24 f.

32 Eine eigene Lösung hat Merle (Bestellung, 25 f) entwickelt: Er geht davon aus, dass angesichts der Verpflichtung des Verwalters zur Einberufung der Versammlung diese Pflicht auch zivilprozessual durchzusetzen sei (WEG 45 III), wobei jedoch das Amtsgericht – im Falle der Weigerung des Verwalters – den antragstellenden Wohnungseigentümer gestützt auf ZPO 887 I ermächtigen könne, die Einberufung vorzunehmen.

33 Vorne § 19 II.

Auch im schweizerischen Vereinsrecht fehlt eine entsprechende Bestimmung. Hingegen sieht OR 699 IV für die AG vor[34], dass, wenn die Verwaltung einem Minderheitsbegehren nicht innert angemessener Frist folgt, der Richter auf Antrag des Gesuchstellers die Einberufung anzuordnen hat[35]. Die entsprechende Anwendung im Bereich des Stockwerkeigentums drängt sich auf: Ein Verwalter soll es nicht in der Hand haben, missliebige Begehren auf die lange Bank schieben zu können, zumal es oft um wirtschaftliche Anordnungen (z.B. bauliche Massnahmen) geht, die einigermassen zeitgebunden sind. Dass der Richter beim gewöhnlichen Miteigentumsrecht auf Grund von ZGB 647 II und 647a I keine Versammlung einberufen, sondern nur den einzelnen Stockwerkeigentümer zur selbständigen Anordnung von Massnahmen ermächtigen kann, spricht nicht gegen die obige Auslegung[36], denn im Bereich der Stockwerkeigentümerversammlung kommt gerade der starke körperschaftliche Zug, der diese von der Miteigentumsgemeinschaft unterscheidet, zum Ausdruck. Das Recht auf Einberufung der Versammlung, als wesentliches Teilrecht des – wohlerworbenen – Stimmrechts, darf nicht durch die Untätigkeit der zuständigen Stellen illusorisch gemacht werden[37].

Angesichts der knappen gesetzlichen Regelung drängt sich eine vertragliche Konkretisierung auf[38]. Insbesondere kann das Recht jedes Stockwerkeigentümers statutarisch verankert werden, bei Untätigkeit des Verwalters trotz entsprechender Pflicht (jährliche Versammlung, spezieller reglementarischer Einberufungsgrund, Minderheitenbegehren) und sachlicher Notwendigkeit die Versammlung rechtsgültig einberufen zu können[39]. Ebenso lässt sich einer bestimmten Zahl von Stockwerkeigentümern generell das Einberufungsrecht einräumen[40].

Ein Sonderfall liegt vor, wenn die Gemeinschaft keinen Verwalter bestellt hat. Hier muss jeder Stockwerkeigentümer das Recht haben, die Versammlung einzuberufen[41]. Müsste vorerst die Ernennung eines Verwalters beim Richter verlangt werden, würde dieser, entgegen den Vorstellungen des Gesetzgebers, zu einem notwendigen Organ[42]. Eine andere statutarische Regelung ist möglich, doch liegt ihre Grenze beim zwingenden Minderheitenrecht von ZGB 64 III[43].

34 Entsprechend OR 809 III für die GmbH und OR 881 III für die Genossenschaft.
35 Eine vorgehende Aufforderung an die Verwaltung, die Versammlung einzuberufen, ist nicht nötig (von Steiger, AG, 188; a.A. Appellationsgericht Basel, 28.4.1958, BJM 1958, 287 ohne Begründung).
36 So aber Michaud, 28.
37 Vgl. Studer, 56; Schluep, 161 ff.
38 Auch Friedrich, ZBGR 1973, 149, Anm. 61.
39 Friedrich, § 30, Abs. 5.
40 Egger, Art. 64, N 7.
41 Ch. Müller, 89; Friedrich, § 30, N 6.
42 Zur fakultativen Bestellung des Verwalters hinten § 26 II.
43 Vorne § 22 I A 2.

B Die formellen Voraussetzungen der Einberufung

1. Die Einberufungsfrist

Im Gegensatz zur AG (OR 700 I: 10 Tage), GmbH (OR 809 IV: 5 Tage) und Genossenschaft (OR 882 I: 5 Tage) haben weder das Vereins- noch das Stockwerkeigentumsrecht eine Frist zur Einberufung vorgesehen. Eine generelle Regelung wäre angesichts der verschiedenen Grössen von Stockwerkeigentümergemeinschaften auch nur relativ schwer möglich; bei der Bemessung der Frist kommt es auf den Einzelfall an. Grundsatz ist jedoch, dass die Betroffenen Zeit für die Vorbereitung der Versammlung haben müssen[44]. Als Richtlinie mögen 10 Tage dienen, wie sie vorgesehen sind zwischen der ersten beschlussunfähigen Versammlung und der zweiten Versammlung (ZGB 712p II)[45]. Eine andere reglementarische Regelung ist jedoch möglich[46].

Nach WEG 24 IV soll die Einberufungsfrist, abgesehen von dringlichen Fällen, mindestens eine Woche betragen. Diese Norm ist insoweit halbzwingender Natur, als eine vertragliche Vereinbarung nicht generell eine zweitägige Einberufungsfrist vorsehen darf, wogegen eine Verlängerung der Frist zulässig ist.

Da es sich bei WEG 24 IV um eine Sollvorschrift handelt, ist die Anfechtung eines Versammlungsbeschlusses wegen Nichteinhaltung der Frist nach herrschender Lehre nicht möglich[47]. Immerhin dürfte sich m.E. der Verwalter nicht eine Ermessensüberschreitung zuschulden kommen lassen. Vorbehalten bleibt jedenfalls die Schadenersatzpflicht eines fahrlässig handelnden Verwalters. Zudem muss die Anfechtung möglich sein, wenn die angesetzte Einberufungsfrist gegen die ausdrückliche Anordnung in einer vertraglichen Vereinbarung verstösst[48].

Als Korrelat zur Tatsache, dass mit der bevorstehenden Revision des WEG jede Versammlung als beschlussfähig gelten soll, ist im Entwurf der Bundesregierung[49] eine Minimalfrist von einem Monat für die Einberufung vorgesehen (WEG 24 II), damit sich möglichst viele Wohnungseigentümer auf den fraglichen Termin einrichten können.

2. Die Form der Einberufung

Nach WEG 24 IV hat die Einberufung schriftlich zu erfolgen. Umstritten ist jedoch, ob die Schriftform Gültigkeitsvoraussetzung zur Fassung eines Beschlusses ist[50].

44 Egger, Art. 64, N 11.
45 Friedrich, § 30, N 4; Ch. Müller, 89; Michaud, 31; Hauger, 216.
46 Zweifelhaft ist es m.E., ob man am einfachsten einen bestimmten jährlichen ordentlichen Versammlungstag, der keiner Vorankündigung punkto Frist bedarf, festlegt, wie es Studer, 54 vorschlägt.
47 Bärmann/Pick, § 24, N 18; Weitnauer/Wirths, § 24, N 3.
48 Michaud, 32.
49 Zur Begründung Drucksachen 445/78 und 8/2444, je 13.
50 Bejaht von Weitnauer/Wirths, § 24, N 2; Merle, Bestellung, 30 f; verneint von Bärmann/Pick, § 24, N 14; Staudinger/Ring, § 24, N 4.

Sicher ist jedenfalls, dass alle stimmberechtigten Wohnungseigentümer durch die Teilnahme an der Versammlung auf den Formfehler stillschweigend verzichten können. Im übrigen ist m.E. darauf abzustellen, ob der Verwalter verpflichtet ist, eine Tagesordnung bekanntzugeben oder ob er vertraglich davon befreit ist[51]. Bedarf es keiner Tagesordnung, wird man den Verstoss gegen das Erfordernis der Schriftlichkeit nicht als Anfechtungsgrund werten wollen; muss die Einladung eine Tagesordnung enthalten (deren Fehlen stellt einen Anfechtungsgrund dar[52]), so dürfte das Fehlen der Schriftlichkeit die Anfechtung durch einen nicht erschienenen Wohnungseigentümer rechtfertigen[53].

Das schweizerische Vereins- und Stockwerkeigentumsrecht äussert sich zur Frage der Schriftlichkeit der Einberufung nicht; bei der AG (OR 699 III) und – abdingbar – bei der GmbH (OR 809 IV[54]) ist die Schriftlichkeit vorgesehen, nicht aber bei der Genossenschaft (OR 881 II). Der Gesetzgeber ist offenbar davon ausgegangen, dass nur bei der AG als ausgeprägtestem Typ der Kapitalgesellschaften die schriftliche Einberufung zwingend vorzuschreiben sei; bereits bei der GmbH hat er eine andere statutarische Regelung vorbehalten. Nach seinen Intentionen können bei der auf die einzelnen Mitglieder, nicht auf ein wirtschaftliches Unternehmen ausgerichteten Genossenschaft und beim Verein die Verhältnisse so übersichtlich sein, dass auch eine persönliche (mündliche) Einberufung als zulässig erscheint. Man wird deshalb beim Stockwerkeigentum, das eine zugleich objekts- und personenbezogene Struktur aufweist, mangels einer rechtsgenügenden Grundlage die Schriftlichkeit nicht verlangen dürfen, obwohl diese, sofern eine Traktandenliste zu erstellen ist, nur dienlich wäre[55]. Immerhin ist es ratsam, aus Beweisgründen die Schriftlichkeit der Einberufung vertraglich vorzusehen; sie ist v.a. auch im Hinblick auf die Traktandenliste gerechtfertigt.

Eine ähnliche Problematik stellt sich bei der Frage, in welcher Form die Minderheit von einem Fünftel das Begehren um Einberufung einer Versammlung zu stellen hat. Bei der AG (OR 699 III) und der GmbH (OR 809 II) wird Schriftlichkeit verlangt, nicht dagegen bei der Genossenschaft (OR 881 II) und beim Verein (ZGB 64 III). Auch hier muss, entsprechend der obigen Argumentation, davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die eher kapitalistisch ausgerichteten und die eher

51 Dazu hinten Ziff. 3.

52 So auch Bärmann/Pick, § 23, N 35.

53 Vgl. Ziege, 2185, Anm. 2; OLG Stuttgart, 26.5.1961, NJW 1961, 1359; BayObLG, 21.2. 1973, NJW 1973, 1086.

54 Eine andere Regelung in den Statuten bleibt vorbehalten.

55 A.A. Michaud, 30. Es ist ihm zwar zuzugeben, dass es im allgemeinen aus Beweisgründen wenig sinnvoll ist, eine Traktandenliste mündlich zu verbreiten. Dennoch kann, wenn der Gesetzgeber schon bei der Genossenschaft nicht die Schriftlichkeit der Einberufung fordert, die aktienrechtliche Regelung erst recht nicht auf das Stockwerkeigentum übertragen werden, mag es auch zum Teil unbefriedigend sein. Es sind nämlich immerhin Fälle sehr kleiner Gemeinschaften denkbar, in denen der Verwalter (sofern überhaupt ein solcher bestellt ist) die Stockwerkeigentümer auf die einzelnen Verhandlungsgegenstände hinweist mit der Bemerkung, dass weitere Unterlagen (Abrechnung usw.) bei ihm zur Einsicht offenstehen würden.
In der übrigen schweizerischen Literatur wird diese Frage kaum beachtet. Friedrich sieht die Schriftlichkeit in seinem Reglement vor (§ 30, Abs. 1), ohne aber die gesetzliche Situation zu erwähnen; Ch. Müller erörtert das Problem im Rahmen der Einberufung der Versammlung (88–90) überhaupt nicht.

personalistisch ausgerichteten Gesellschaften unterschiedlich behandeln wollte, da er wohl davon ausging, dass strengen Formvorschriften in kleineren, übersichtlichen und auf die Person bezogenen Verhältnissen doch nicht nachgelebt würde[56]. Auch in diesem Punkt drängt sich jedoch die vertragliche Vereinbarung der Schriftform für das Begehren aus Beweisgründen auf. Selbstverständlich ist, ohne dass sich dies ausdrücklich aus dem Gesetz ergibt, die Angabe des Zweckes der Einberufung anzugeben, denn einerseits braucht der Verwalter bei offenbarer Rechtswidrigkeit und bei Rechtsmissbrauch die Versammlung nicht einzuberufen und anderseits kann er ohne die nötigen Angaben nicht die Verhandlungsgegenstände auf der Traktandenliste nennen[57].

WEG 24 II sieht die Schriftlichkeit sowie die Angabe des Zweckes und der Gründe vor. Pick hält diese formelle Vorschrift für zwingend[58]. Dies ergibt sich aber weder aus dem Wortlaut der Bestimmung, noch rechtfertigt sich diese Ansicht vollumfänglich aus dem Zweck der Norm. Soweit es um die Angabe des Zweckes und der Gründe geht, kann WEG 24 II nicht dispositiv sein, weil die Norm bei einer allfälligen Abbedingung ihrer Funktion (Frage der Zulässigkeit des Begehrens, Nennung der Verhandlungsgegenstände auf der Tagesordnung) beraubt würde. Hingegen ist nicht einzusehen, weshalb die Schriftform ein zwingendes Erfordernis sein muss, zumal ja die Einberufung ebenfalls nicht unbedingt schriftlich zu erfolgen braucht. In den meisten Fällen wird sich ein vertragliches Abgehen von der Schriftform zwar nicht empfehlen, doch muss kleinen Gemeinschaften diese Möglichkeit offenbleiben.

3. Die Traktandenliste

Beschlüsse sind nur über gehörig angekündigte Gegenstände möglich (ZGB 712m II i.V.m. 67 III; WEG 23 II). Eine genaue Traktandenliste muss den Beteiligten nicht nur die Vorbereitung der Versammlung ermöglichen (z.B. Stellung von Anträgen), sondern soll so klar sein, dass sie sich darüber schlüssig werden können, ob sie an ihr teilnehmen wollen oder nicht (Schutz der Abwesenden)[59]. Die Traktandenliste hat somit vollständig und genau (keine unbestimmten Formulierungen) zu sein, wobei die Umschreibung doch nicht so eng sein darf, dass der Diskussion kaum mehr ein Behandlungsspielraum verbleibt[60].

Bekanntgegeben werden müssen in der Schweiz einfach die Verhandlungsgegenstände. Die vereinsrechtliche Regelung geht somit weniger weit als die entsprechenden Vorschriften bei der AG und der Genossenschaft: Weder die Abrechnungen (OR 696) noch die Anträge auf Statutenänderungen (OR 700 I, 883 I) sind aufzu-

56 A.A. wiederum Michaud, 28 mit den vorne in Anm. 55 dargestellten Zweckmässigkeitserwägungen.
57 Egger, Art. 64, N 8.
58 Bärmann/Pick, § 24, N 11.
59 Egger, Art. 64, N 12.
60 Ch. Müller, 90.

legen. In grösseren Gemeinschaften wird es sich aber aufdrängen, diese Pflicht des Verwalters vertraglich zu vereinbaren[61].

In Deutschland bestand eine Kontroverse über die Spezifizierung der Tagesordnung. Das OLG Stuttgart[62] war der Ansicht, der angegebene Verhandlungsgegenstand müsse einen so bestimmten Inhalt haben, dass jeder Wohnungseigentümer von vorneherein die Auswirkungen des Beschlusses übersehen könne. Demgegenüber hat das BayObLG[63] eine gewisse Einschränkung insoweit vorgenommen, als es erklärte, nur der Gegenstand, nicht auch die möglichen Einzelheiten der beabsichtigten Beschlussfassung müssten sich grundsätzlich erkennen lassen; massgebend sei das Informationsbedürfnis[64]. Der Unterschied zwischen den beiden Entscheiden liegt jedoch in Nuancen, weil die Erkennbarkeit des Verhandlungsgegenstandes meist auch die Überschaubarkeit zur Folge hat[65]. Unterdessen hat jedoch das OLG Stuttgart seine frühere Rechtsprechung aufgegeben[66].

ZGB 67 III und WEG 23 II sind dispositiver Natur; bei ZGB 67 III ergibt sich dies direkt aus dem Wortlaut[67], bei WEG 23 II entspricht es herrschender Rechtsprechung und Lehre[68]. Das Reglement kann also vorsehen, dass über nicht angekündigte Traktanden abgestimmt werden kann. Dies ändert an der Einhaltung der gesetzlichen Mehrheitserfordernisse jedoch nichts. Zudem darf eine solche Beschlussfassung weder rechtsmissbräuchlich sein noch gegen Treu und Glauben (ZGB 2) verstossen[69].

Sowohl in der Schweiz[70] wie auch in Deutschland[71] hat der einzelne Stockwerkeigentümer keinen Anspruch gegen den Verwalter auf Ankündigung bestimmter Gegenstände zur Beschlussfassung in der Versammlung; eine unterschiedliche Behandlung von Handelsgesellschaften und Stockwerkeigentümergemeinschaften rechtfertigt sich nämlich nicht, weil in diesem Bereich die letztere körperschaftlich strukturiert ist. Wenn jedoch der Verwalter die Einberufung verweigert und sich der einzelne dazu vom Richter ermächtigen lässt, muss ihm m.E. auch ein Antrags-

61 Vgl. Friedrich, § 30, N 5; Michaud, 30.
62 OLG Stuttgart, 26.5.1961, NJW 1961, 1359.
63 BayObLG, 10.11.1961, NJW 1962, 492 f; BayObLG, 21.2.1973, NJW 1973, 1086.
64 In diesem Sinne auch Weitnauer/Wirths, § 23, N 3.
65 So zu Recht Bärmann/Pick, § 23, N 13; vorsichtig Diester, Rechtsfragen, N 289.
66 OLG Stuttgart, 5.7.1974, NJW 1974, 2137.
67 Es erstaunt deshalb, dass Friedrich (SJK 1304, 4) daran zweifelt, dass das Reglement den Verzicht auf die Traktanden vorsehen kann. Eine andere Frage ist natürlich, ob ein solcher Verzicht sinnvoll ist; dies ist wohl, mit Ausnahme ganz kleiner Gemeinschaften, zu verneinen, denn die unterlegenen, nicht vorbereiteten Stockwerkeigentümer könnten sich leicht "überfahren" fühlen, was nur zur Unzufriedenheit innerhalb der Gemeinschaft führt (in diesem Sinne auch Riemer, 263).
68 BayObLG, 27.1.1970, NJW 1970, 1136 f; Bärmann/Pick, § 23, N 14; Merle, Bestellung, 27.
69 Michaud, 30.
70 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 35, N 40; Jäggi, Aktionär und Tagesordnung der Generalversammlung, 327 ff (mit eingehender Begründung); Studer, 61 (betr. Stockwerkeigentümergemeinschaft); a.A. Heini, 560, Anm. 21 (betr. Verein, ohne weitere Begründung) und Michaud, 30 f: Er ist insbesondere der Ansicht, der einzelne Stockwerkeigentümer könne die Abberufung des Verwalters als Traktandum verlangen, weil dies ein Minus des Anspruches aus ZGB 712r II sei; dem kann nicht zugestimmt werden, denn das Klagerecht setzt nicht nur bereits einen Versammlungsbeschluss voraus, sondern ist überdies an wichtige Gründe gebunden.
71 LG Hamburg, 16.5.1962, NJW 1962, 1867 (mit eingehender Begründung); BayObLG, 27.1.1970, NJW 1970, 1137; Weitnauer/Wirths, § 24, N 1; einschränkend Merle, Bestellung, 28 (wenn der Verhandlungsgegenstand zur ordnungsmässigen Verwaltung gehört).

recht zuerkannt werden. Vertraglich ist zudem ein solches Recht vereinbar; eine diesbezügliche Regelung drängt sich um so mehr auf, als die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen[72] wegen der meist unverhältnismässig starken Beschränkung des Meinungsäusserungsrechts und der nicht übermässigen zusätzlichen Belastung der Gesellschaft in den letzten Jahren einer verschärften Kritik unterzogen worden sind[73].

4. Die Universalversammlung

Sind alle Stockwerkeigentümer in der Versammlung anwesend oder vertreten, besteht, sofern keiner dagegen Widerspruch erhebt, weder eine Bindung an die angekündigten Gegenstände, noch sind Formfehler hinsichtlich Schriftlichkeit oder Einberufungsfrist beachtlich: Die rügelose Einlassung beinhaltet zugleich den Verzicht auf die Geltendmachung des Formfehlers[74]. Die Zulässigkeit von Universalversammlungen im Stockwerkeigentum wird denn auch von der Lehre ohne Bedenken angenommen[75]; besonders für kleinere Gemeinschaften kann diese Form praktisch werden. Für einzelne Rechtsfragen sind die Regeln der obligationenrechtlichen Gesellschaften beizuziehen (OR 701, 809 V, 884).

Auch im deutschen Recht wird die Universalversammlung unumstritten als zulässig erachtet[76].

5. Die Einberufung gegenüber mehreren Berechtigten

Nach ZGB 712o I haben mehrere Personen, denen ein Stockwerk gemeinschaftlich zusteht, nur eine Stimme, die sie durch einen Vertreter abgeben; entsprechend müssen mehrere Berechtigte nach WEG 25 II das Stimmrecht gemeinsam ausüben[77]. Hat nun der Verwalter allen Mitinhabern der Eigentumswohnung eine Einladung zur Versammlung zu schicken?

Weil in beiden Rechten eine Bestimmung fehlt, wonach mehrere Berechtigte einen gemeinsamen Vertreter zur Inempfangnahme von rechtserheblichen Mitteilungen zu bestellen haben[78], wird man davon ausgehen müssen, dass sie dazu nicht verpflichtet sind, weshalb – sofern nicht freiwillig abgegebene Vollmachten

72 OR 699 III, 809 II, 881 II; AktG 122 II, GmbHG 50 II; GenG 45 II.

73 Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 35, N 40; Peter Forstmoser, Der Aktionär als Förderer des Gemeinwohls?, ZSR 1973 I 21 f; Werner Stauffacher, Das Antragsrecht des Aktionärs, SJZ 1973, 322.

74 Hauger, 215.

75 Liver, Marxer, 191 und SPR V/1, 101; Ch. Müller, 90; Studer, 56; Michaud, 32.

76 Bärmann/Pick, § 24, N 9 und § 23, N 12; Soergel/Baur, § 24, N 2.

77 Zum Stimmrecht vorne § 21 IV A.

78 Massgebend für die Zustellung der Einladung zur Versammlung ist die sachenrechtliche Berechtigung, die durch den Grundbucheintrag ausgewiesen wird, nicht das interne Rechtsverhältnis (z.B. das gesetzliche Vertretungsrecht des Ehemannes).

vorliegen – der Verwalter an jeden Mitinhaber eine formgerechte Einladung zur Versammlung zu übermitteln hat, unabhängig vom Wohnort des Betreffenden[79]. Insbesondere kann auch aus der Formulierung von 712o I nicht mehr herausgelesen werden: Der erwähnte Vertreter hat lediglich die tatsächliche Funktion, die bereits gebildete Stimme abzugeben.

Deshalb erweist es sich aus Gründen der Praktikabilität als sinnvoll, in der Gemeinschaftsordnung eine Bestimmung vorzusehen, wonach mehrere Berechtigte einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen haben[80].

Eine spätere Abänderung der Gemeinschaftsordnung im Hinblick auf die Einführung eines Zustellungsbevollmächtigten wird nur noch durch einen einstimmigen Beschluss möglich sein. Nicht nur geht es dabei nicht um eine eigentliche Gemeinschaftsangelegenheit, sondern vor allem können mehrere Mitberechtigte einer Stockwerkeinheit nicht ohne ihren Willen dazu gezwungen werden, sich gegenseitig zum Empfang der Versammlungseinladung und Traktandenliste zu ermächtigen[81].

Dieselben Grundsätze gelten auch gegenüber dem Nutzniesser: Nicht nur der Eigentümer, sondern auch er ist zur Versammlung einzuladen. Eine Ausnahme wäre nur dann gegeben, wenn – v.a. gestützt auf eine vertragliche Abmachung – vollständig klar ist, dass lediglich der eine oder der andere stimmberechtigt sein kann.

C Die Einberufung zur zweiten Versammlung

Ist die erste Versammlung nicht beschlussfähig[82], hat der Verwalter eine zweite einzuberufen. Dabei gelten dieselben formellen Voraussetzungen wie für die erste Versammlung.

Nach WEG 25 IV ist dem Verwalter keine Mindestfrist für die Einberufung der zweiten Versammlung gesetzt. Demgegenüber darf gemäss ZGB 712p II die zweite nicht vor Ablauf von 10 Tagen seit der ersten stattfinden. Damit soll nicht in erster Linie dem Stockwerkeigentümer nochmals Gelegenheit zur Vorbereitung gegeben, sondern die missbräuchliche Ansetzung der zweiten Versammlung unmittelbar im Anschluss an die erste verhindert werden[83]. Bei der Länge der zwingenden Frist hat sich der nationalrätliche Vorschlag von 10 Tagen mit der Begründung, der Verwalter müsse über genügend Zeit für die Neuansetzung und Organisation der zweiten Ver-

79 So für Deutschland Ziege, 2186; entsprechend hat auch der BGH (14.12.1967, NJW 1968, 744) im Hinblick auf GmbHG 18 I ausgeführt, ein Gesellschafter, der nicht nur einen Geschäftsanteil an einer GmbH habe, sondern auch noch an einem anderen mitberechtigt sei, müsse zwei Einladungen zur Versammlung erhalten.

80 Einen Zustellungsbevollmächtigten sieht Friedrich (§ 32, Abs. 4) für den Fall vor, dass ein Stockwerkeigentümer seinen Wohnsitz im Ausland hat.

81 Ziege, 2186.

82 Dazu hinten § 22 II B.

83 In diesem Sinne ausdrücklich der welsche Berichterstatter im Nationalrat, Galli, StenBull NR 1963, 226 und der Berichterstatter im Ständerat, Bolla, StenBull StR 1963, 221.

sammlung verfügen[84], gegenüber jenem des Bundes- und Ständerates von 3 Tagen[85] schliesslich durchgesetzt.

D Die Eventualeinberufung

In der Praxis sind in Deutschland einige Verwaltungen dazu übergegangen, zugleich mit der Einberufung zur ersten Versammlung für denselben Tag, etwa 1/2 Stunde später, eine zweite für den Fall einzuberufen, dass die erste nicht beschlussfähig sein sollte, verbunden mit dem Hinweis, dass diese zweite Versammlung jedenfalls beschlussfähig sei.

In der Schweiz ist eine solche Eventualeinberufung wegen der zwingenden Vorschrift von ZGB 712p II nicht möglich und auch nicht vertraglich vereinbar[86]. Dagegen ist es zulässig, zugleich mit der Einladung zur ersten Versammlung das Datum für die zweite bekanntzumachen, wenn die Frist von zehn Tagen eingehalten wird, weil dadurch die Rechte der Stockwerkeigentümer nicht unzulässig tangiert werden[87].

Auch in Deutschland lässt jedoch die gesetzliche Regelung (WEG 25 IV) keine Zweifel darüber aufkommen, "dass die zweite Versammlung erst einberufen werden darf, wenn zuvor die Beschlussunfähigkeit der ersten Versammlung festgestellt worden ist"[88]. Eine solche Eventualeinberufung widerspricht nicht nur Sinn und Zweck von WEG 25 IV, sondern beraubt die Wohnungseigentümer auch der in WEG 23 II eingeräumten Gelegenheit, die Versammlung vorzubereiten[89]. Die Gefahr der Aufhebung so ergangener Beschlüsse scheint jedoch gering zu sein bzw. wird von den Verwaltungen bewusst in Kauf genommen[90].

Weil in WEG 10 I nichts anderes bestimmt wird, ist WEG 25 IV nach herrschender Lehre abdingbar[91]: Es lässt sich deshalb bereits in der Gemeinschaftsordnung vorsehen, dass unmittelbar anschliessend an die erste Versammlung eine zweite (ohne Quorum) stattfinden kann. Durch eine solche – an sich zulässige – Bestimmung wird aber das System des Gesetzes in WEG 25 III und IV illusorisch gemacht. Wie beim Minderheiten-Einberufungsrecht[92] muss deshalb m.E. eine unechte Lücke und mithin die Unabdingbarkeit von WEG 25 IV angenommen werden. Diese Vor-

84 StenBull NR 1963, 226 f, 531.
85 BBl 1962 II 1531; StenBull StR 1963, 221, 283.
86 Hinten § 22 II C.
87 K. Müller, 72.
88 Tasche, DNotZ 1974, 583; so auch Bärmann/Pick, § 23, N 14 und § 25, N 36; Weitnauer/Wirths, § 25, N 5; Diester, Rechtsfragen, N 276; M. Schmid, 131; Merle, Bestellung, 38.
89 Erstmals hat in allerneuester Zeit ein Gerichtsentscheid die zeitlich unmittelbar nachfolgende Eventualeinberufung gebilligt (LG Wuppertal, 5.7.1977, Rechtspfleger 1978, 23); die überwiegend auf Praktikabilitätsgründen basierenden Erwägungen vermögen aber nicht zu überzeugen (vgl. auch die zutreffende Kritik von Stöber, 10 f).
90 Tasche, DNotZ 1974, 583 f berichtet von keinem Fall, bei dem ein Beschluss angefochten wurde; zum Teil weise der Verwalter sogar auf das gesetzwidrige Vorgehen hin (eingehend 583, 584 f).
91 Bärmann/Pick, § 25 N 3; Weitnauer/Wirths, § 10, N 10 und § 25, N 1; Tasche, DNotZ 1974, 584.

schrift schützt nämlich nicht nur die abwesende Mehrheit, sondern will insbesondere verhindern, dass eine Minderheit eine günstige Gelegenheit ausnützen kann, um ihr genehme Beschlüsse durchzubringen. Bestreitet man den Struktur- und Schutzgedanken einer solchen Bestimmung, müsste man konsequenterweise jede erste Versammlung als beschlussfähig anerkennen[93].

II Die Beschlussfähigkeit

A Der Zweck von Vorschriften über die Beschlussfähigkeit

Ein Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung bindet alle Beteiligten, Ablehnende, Stimmenthalter und Abwesende, sowohl im Innen- wie im Aussenverhältnis[94]. Ein solcher Beschluss ist aber auch für die Rechtsnachfolger verbindlich, ohne dass er etwa im Grundbuch eingetragen zu werden brauchte (ZGB 649a; WEG 10 III), denn eine vernünftige und überblickbare Organisation der Stockwerkeigentümergemeinschaft ist nur möglich, wenn sich ein Erwerber einer Eigentumswohnung in die bisher entwickelte Ordnung einfügt. Wenn nun die Beschlüsse schon eine so weitreichende Bedeutung haben, dürfen sie nicht zufällig zustande kommen. Dafür bietet neben der Erschwerung der Beschlussfassung in wichtigen Angelegenheiten das Erfordernis einer Mindestbeteiligung in der Versammlung eine gewisse Gewähr, weil damit verhindert wird, dass nur wenige Stockwerkeigentümer "eine für sie günstige Gelegenheit nutzen, um Entscheidungen zu treffen, für die sie ansonsten keine Mehrheit finden könnten"[95]. ZGB 712p und WEG 25 III schützen also die Mehrheit, indem die Minderheit nicht Beschlüsse von allenfalls grosser Tragweite an einer von ihr zu einem ihr genehmen Zeitpunkt einberufenen Versammlung (z.B. Ferienzeit) fassen können soll. Die Mindestbeteiligung erweist sich somit als im Interesse der Stockwerkeigentümer an einer sachgerechten Verwaltung und schützt zugleich die Gemeinschaft schlechthin[96].

B Die Beschlussfähigkeit der ersten Versammlung

1. Nach ZGB 712p I ist die Versammlung der Stockwerkeigentümer nur beschlussfähig, wenn die Hälfte aller Stockwerkeigentümer (mindestens aber zwei) anwesend oder vertreten ist, wobei diese mindestens die Hälfte der Wertquoten innehaben muss. Im Gegensatz zur Beschlussfassung bedarf es also nicht einer Mehrheit,

92 Vorne § 22 I A 2.
93 Dazu hinten § 22 II D.
94 Dieser für Körperschaften selbstverständliche Grundsatz wird in WEG 10 IV noch ausdrücklich festgehalten.
95 Hauger, 216; vgl. auch Stöber, 10.
96 Diese Funktionen der Beschlussfähigkeit lassen deshalb auch die Eventualeinberufung einer der ersten Versammlung unmittelbar folgenden zweiten als unzulässig erscheinen (vorne § 22 I D).

sondern es genügt genau die Hälfte, sofern dies unter den konkreten Umständen möglich ist (z.B. 2 von 4 Stockwerkeigentümern mit 500/1000 Anteilen). Dieses doppelte Quorum hinsichtlich der Anwesenheit für alle Beschlüsse ist in der schweizerischen Gesetzgebung eine Ausnahmeerscheinung: Abgesehen von drei Vorschriften in besonders wichtigen Fragen bei der AG (OR 649, 655, 658), fehlen im Recht der Personengemeinschaften qualifizierte Anwesenheitsvorschriften. Wenn das Zustandekommen von Beschlüssen erschwert werden soll, geschieht dies gewöhnlich auf dem Weg der qualifizierten Zustimmung. Für eine solche doppelte Absicherung (qualifizierte Anwesenheit und bei wichtigen Fragen zusätzlich qualifizierte Zustimmung) nennt Ch. Müller[97] drei Gründe:

- Grösse der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer: Normalerweise sind die Gemeinschaften, zumindest in der Schweiz, weniger in Deutschland[98], relativ klein, weshalb jeder einzelne Stockwerkeigentümer Gewicht hat und es auch für jeden als zumutbar erscheint, an der Versammlung teilzunehmen.
- Unmittelbare Beitragspflicht: Schon notwendige Verwaltungshandlungen und bauliche Massnahmen, die nicht einer qualifizierten Zustimmung bedürfen, können erhebliche Beträge erreichen, die auf die Stockwerkeigentümer aufzuteilen sind.
- Verankerung des Stockwerkeigentums im Sachenrecht: Die Versammlung beschliesst über die Verwaltung fremder Rechte.

Bei der Feststellung der Beschlussfähigkeit ist die Zahl der anwesenden (und vertretenen), nicht die Zahl der stimmenden Stockwerkeigentümer massgebend[99]. Die Beschlussfähigkeit muss bei jeder Abstimmung gegeben sein[100].

Ist nun die gesetzliche Norm zwingendes Recht oder kann vertraglich ein anderer Inhalt vereinbart werden? Für die Beantwortung dieser Frage muss auf den Zweckgedanken der Bestimmung abgestellt werden. Dabei ergibt sich, wie bereits festgestellt, dass die Mehrheit geschützt werden soll. Somit ist es zulässig, die Quorumsbestimmungen für die Beschlussfähigkeit zu erhöhen, denn dadurch wird der Schutz der Mehrheit nur ausgebaut, nicht geschwächt. Hierzu ist jedoch, analog zur Erschwerung der Beschlussfassung (ZGB 712g II), die Verankerung im Begründungsakt oder ein einstimmiger Beschluss notwendig[101]. Als extremste Erschwerung wäre das Erfordernis der Anwesenheit aller denkbar; dies könnte aber in Verwaltungsangelegenheiten zu einer weitgehenden Funktionsunfähigkeit der Gemeinschaft führen, denn je höher das Quorum bei der Beschlussfähigkeit angesetzt wird, desto wahrscheinlicher kann die Versammlung nicht abgehalten werden, was dazu führt, dass der Verwalter überwiegend selbständig, ohne "Abstützung" auf Gemeinschaftsbeschlüsse, handelt. Weil eine ausdrückliche gesetzliche Obergrenze fehlt, können extreme Erschwerungen der Beschlussfähigkeit nur allgemeinen Rechtsgrundsätzen

97 Ch. Müller, 95 f.
98 Vgl. Diester, Rechtsfragen, N 18a.
99 Friedrich, § 31, N 3; Ch. Müller, 95. Bei der Beschlussfähigkeit sind m.E. auch die nicht stimmberechtigten Stockwerkeigentümer mitzuzählen, denn das Gesetz spricht ausdrücklich von allen Stockwerkeigentümern (im Gegensatz zu WEG 25 III).
100 OLG Schleswig, 25.6.1974 und dort zitierte herrschende Lehre (Der Wohnungseigentümer 1975, 122 ff mit zu Unrecht ablehnender Anmerkung von Jürgen Happ).
101 Ch. Müller, 96.

(Rechtsmissbrauch, Treu und Glauben) nicht standhalten; die Problemstellung entspricht somit derjenigen der allgemeinen Einführung des Einstimmigkeitsprinzips[102].

Eine Erleichterung der Voraussetzungen der Beschlussfähigkeit muss demgegenüber nach schweizerischem Recht als unzulässig erachtet werden; ZGB 712p I ist eine halbzwingende Vorschrift[103]. Anders als bei der Frage der Beschlussfassung wird nicht die Minderheit geschützt, sondern die Mehrheit; die Ordnungsfunktion von ZGB 712p I besteht darin, dass die Stockwerkeigentümer auf Grund überschaubarer Traktandenlisten formelle Versammlungen abhalten müssen, um jedem einzelnen die Möglichkeit der Teilnahme zu gewährleisten; würde von solchen formellen Anforderungen abgesehen, wären allfälligen Manipulationen einer aktiven Minderheit Tür und Tor geöffnet. Dass in diesem Punkt keine Parallelität zwischen Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung besteht, ergibt sich auch daraus, dass im Gegensatz zu ZGB 712p in ZGB 712g II ein ausdrücklicher Hinweis auf die Möglichkeit der Vorbehaltung anderer Mehrheitsvorschriften statuiert ist. Diese Auslegung entspricht auch der Regelung bei den Gesellschaften des Obligationenrechts[104].

2. Im deutschen Recht (WEG 25 III) wird die Beschlussfähigkeit nicht nach Köpfen, sondern nach der Grösse der Miteigentumsanteile der erschienenen oder vertretenen stimmberechtigten Wohnungseigentümer bemessen: Es muss mehr als die Hälfte der Miteigentumsanteile gemäss Grundbucheintrag "anwesend" sein (501/1000)[105]. Mit diesem gesetzlich gemischten System der Massgeblichkeit der Wertquoten für die Beschlussfähigkeit und der Köpfe für die Beschlussfassung lässt sich eine Majorisierung der personellen oder wirtschaftlichen Minderheit weitgehend verhindern: Die Mehrheit nach Köpfen entscheidet zwar in der Beschlussfassung (wenn nichts anderes vereinbart wurde), doch kann die Mehrheit nach Anteilen zumindest in der ersten Versammlung durch Wegbleiben oder Entfernung vor der Abstimmung die Beschlussfähigkeit vereiteln.

Die Beschlussfähigkeit ist nicht einfach zu Beginn der Versammlung festzustellen, sondern sie muss, um der Gefahr der Entleerung der Versammlung zu begegnen, bei jeder Abstimmung vorhanden sein[106]. Für die Beschlussfähigkeit sind jedoch nach der ausdrücklichen Vorschrift von WEG 25 III nur die stimmberechtigten Wohnungseigentümer mitzuzählen[107]. Dies kann die – unbefriedigende – Folge haben, dass in einem Ausnahmefall Nichtstimmberechtigte (z.B. wegen Interessenkollision) bereits mehr als die Hälfte der Anteile innehaben, weshalb die Versammlung von vorneherein beschlussunfähig ist. Dennoch kann diese formelle Vorschrift nicht einfach übergangen werden und es sind nicht stimmberechtigte Wohnungs-

102 Dazu eingehend vorne § 17 III B 2.
103 So die herrschende Lehre, wenn auch oft ohne Begründung: Friedrich, § 31, N 4 und SJK 1304, 5; Ch. Müller, 97; Michaud, 47.
104 Ausgeschlossen ist die Erleichterung der Beschlussfassung bei der Genossenschaft (OR 888 II; vgl. von Steiger, Genossenschaft, 113); ebenso können die Beschlussfassungsvorschriften bei der AG grundsätzlich nur verschärft werden (OR 636 und 648), es sei denn, das Gesetz selber gewähre eine Ausnahme (OR 649, 655 und 658; vgl. von Steiger, AG, 59).
105 Im Gegensatz zum schweizerischen Recht, in dem die Hälfte genügt (vorgehend Ziff. 1).
106 Statt vieler: Weitnauer/Wirths, § 25, N 5.
107 Bärmann/Pick, § 25, N 35; Weitnauer/Wirths, § 25, N 4.

eigentümer den nicht erschienenen gleichzustellen[108]. Da es sich bei WEG 25 III jedoch um eine dispositive Norm handelt[109], kann vertraglich auf alle statt auf die stimmberechtigten Wohnungseigentümer abgestellt werden[110].

Weil in WEG 25 III nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist (WEG 10 I), gilt diese Vorschrift nach herrschender Lehre unbestritten als nicht zwingend[111], weshalb sie durch einstimmigen Beschluss abgeändert werden kann. Soweit das Quorum verschärft oder eine qualifizierte Anwesenheit von Personen bzw. Personen und Anteilen verlangt wird, ist die Schutzfunktion von WEG 25 III nicht tangiert. Problematisch ist jedoch die – zulässige – Möglichkeit, die Versammlung stets als beschlussfähig zu erklären. Eine solche vertragliche Bestimmung würde dem Grundgedanken der Vorschrift nicht gerecht und wäre der Schutzwirkung zugunsten der – unter Umständen völlig überrumpelten – Mehrheit beraubt. Ob die allgemeinen Korrektive von Treu und Glauben sowie Rechtsmissbrauch ausreichen würden, ist fraglich. Wie bei anderen Bestimmungen[112] muss deshalb m.E. auch bei WEG 25 III davon ausgegangen werden, dass das Quorum bei der Beschlussfähigkeit zumindest im Kernbereich unabdingbar ist, mithin auf irgendeine Mehrheit (nach Köpfen oder Anteilen) nicht verzichtet werden kann.

C Die Beschlussfähigkeit der zweiten Versammlung

Ist die erste Versammlung nicht beschlussfähig, muss der Verwalter eine zweite einberufen, die in der Schweiz zwingend[113] nicht vor Ablauf von zehn Tagen seit der ersten stattfinden darf (ZGB 712p II). Die Beschlussfähigkeit der zweiten Versammlung ist gegeben, wenn mindestens ein Drittel aller Stockwerkeigentümer, unabhängig davon, wieviele Anteile sie vertreten, anwesend ist (ZGB 712p III). Für die Berechnung gelten dieselben Grundsätze wie bei der ersten Versammlung; ebenso darf das qualifizierte Anwesenheitsquorum aus den erwähnten Überlegungen heraus nur erschwert, nicht aber erleichtert werden[114].

Nach WEG 25 IV ist die zweite Versammlung immer beschlussfähig. Da die Vorschrift aber dispositiv ist, wäre es möglich, eine qualifizierte Anwesenheit vertraglich vorzusehen[115].

Falls auch die zweite Versammlung die Beschlussfähigkeit (v.a. in der Schweiz) nicht erreicht, braucht dennoch keine dritte einberufen zu werden. An ihre Stelle treten die vom Gesetz anerkannten Rechte des einzelnen, nämlich das Handeln auf eigene Faust in dringenden Fällen (ZGB 647 II 2; WEG 21 II) und die Möglichkeit, im Hinblick auf notwendige Massnahmen im Sinne einer ordnungsmässigen Verwal-

108 So zu Recht KG, 10.5.1974, MDR 1975, 144 f.
109 Vgl. Anm. 111.
110 Entsprechend der schweizerischen Regelung in ZGB 712p I.
111 Bärmann/Pick, § 25, N 3; Weitnauer/Wirths, § 25, N 1; Palandt/Bassenge, § 25, N 1; Hauger, 217, 219.
112 Vgl. WEG 24 II und 25 V (vorne § 22 I A 2 und § 21 II C 2).
113 Vorne § 22 I C.
114 Vorne § 22 II B.
115 Hauger, 219.

tung den Richter anzurufen (ZGB 647 II 1; WEG 21 IV)[116], sowie die Eigentätigkeit des Verwalters (ZGB 712s I a.E.; WEG 27 I 2 und 3).

Dass auch die zweite Versammlung das Quorum der Beschlussfähigkeit nicht erreicht, dürfte wohl lediglich in sehr grossen Stockwerkeigentümergemeinschaften eintreten, bei denen die Bezogenheit des einzelnen auf das gemeinsame Eigentum weitgehend verlorengegangen ist. Gerade für solche Fälle erscheinen jedoch die sich der Beschlussunfähigkeit anschliessenden Rechtsfolgen als nicht unproblematisch, weil der einzelne Stockwerkeigentümer angesichts der Grösse der Gemeinschaft kaum eigene Schritte unternehmen wird, wodurch die meist sonst schon ausgebaute Stellung des Verwalters noch gestärkt wird. Seine Entscheidungen basieren jedenfalls auf einer schwächeren psychologischen Legitimation als ein Beschluss einer Minderheit in der zweiten Versammlung. Angesichts des klaren gesetzgeberischen Willens bedürfte es aber wohl einer Abänderung von ZGB 712p III in dem Sinne, dass eine abweichende Vereinbarung zulässig sei.

D Verzicht auf eine zweite Versammlung?

1. Es ist nicht zu übersehen, dass die Abhaltung einer zweiten Versammlung oftmals erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt[117]. Handelt es sich um eine kleine Gemeinschaft, lässt sich gewöhnlich ein zweiter Termin finden; es erhöhen sich unter diesen Umständen nur die Umtriebskosten. Immer mehr wird aber, vor allem in Deutschland, die Verwaltung von Unternehmen besorgt, die sich ganz auf die Betreuung von Wohnungseigentümergemeinschaften spezialisiert haben[118]. Diese Unternehmen haben vielfach nur schwer Ausweichtermine zur Verfügung, weil die Versammlung erfahrungsgemäss nicht vor anfangs März stattfinden kann (es ist ja über die Abrechnung des vergangenen Jahres zu befinden) und, im Falle der Beschlussunfähigkeit, wegen der Ferienzeit im Hochsommer erst ein Herbsttermin wieder in Frage kommt (womit die Genehmigung des Wirtschaftsplanes weitgehend illusorisch wird). In der Literatur sind deshalb Stimmen laut geworden, die einen Verzicht auf die Durchführung einer zweiten Versammlung forderten[119]. Dieser Anregung soll nun auch in der bevorstehenden Revision des WEG nachgelebt werden[120].

Der generelle Verzicht auf die zweite Versammlung wäre jedoch m.E. äusserst problematisch. Wie bereits dargelegt, erfüllt das Erfordernis der qualifizierten Anwesenheit eine eminente Schutzfunktion zugunsten der Mehrheit und der Gemeinschaft schlechthin, indem eine aktive Minderheit nicht eine günstige Gelegenheit – in nicht ganz lauterer Absicht – ausnützen können soll, um ihr genehme Inter-

116 Michaud, 47; in Deutschland dürften solche Fälle selten sein, wird doch die qualifizierte Anwesenheit kaum vertraglich eingeführt, wenn damit zu rechnen ist, dass deswegen die zweite Versammlung mehrfach beschlussunfähig werden könnte.
117 Eingehend Tasche, DNotZ 1974, 585.
118 Diester, Rechtsfragen, N 15.
119 Tasche, DNotZ 1974, 584 f; M. Schmid, 131.
120 Nachfolgend Ziff. 3.

essen, für die sie sonst keine Mehrheit finden würde, durchzusetzen, z.B. durch die kurzfristige Ansetzung der Versammlung während der Ferienzeit[121]. Zwar ist nicht zu bestreiten, dass organisatorische Schwierigkeiten auftreten können und dass sich in letzter Zeit fragwürdige Praktiken (Eventualeinberufung auf den gleichen Abend[122]) eingebürgert haben, doch darf der Gesetzgeber nicht davor kapitulieren, indem er diesen "Abweichungen" dadurch Herr wird, dass er sie einfach überflüssig werden lässt[123], sondern er hat geeignete Vorkehren zu treffen, damit die Funktionsfähigkeit der Versammlung erhalten bleibt[124]. Gerade das stark betonte Argument der Kostenersparnis zeigt[125], wie gefährlich es ist, die Teilnahmerechte der Stockwerkeigentümer nach wirtschaftlichen Überlegungen auszugestalten.

2. Weil in Deutschland das Erfordernis der qualifizierten Anwesenheit nicht zwingend ist, kann nach heute herrschender Meinung die Gemeinschaftsordnung vorsehen, dass die Versammlung auch ohne die gesetzliche Mindestbeteiligung beschlussfähig ist. Dieser angenommene dispositive Charakter von WEG 25 III ist aber nicht nur kein Grund für – sogar – eine gesetzliche Schwächung der Rechte der Wohnungseigentümer[126], sondern wird vielmehr der der Norm zukommenden Funktion nicht gerecht und müsste deshalb im Kernbereich als unabdingbar gelten[127].

3. Einer der Revisionspunkte der angestrebten Novellierung des WEG ist nun auch die Abschaffung der zweiten Versammlung im bisherigen Stil. Übereinstimmend schlagen Bundesrat[128] und Bundesregierung[129] vor, dass die Versammlung jedenfalls beschlussfähig sein solle. In der Diskussion ist diese Neuerung vorwiegend positiv aufgenommen worden[130]. Die grundsätzlichen Bedenken, dass damit einer aktiven Minderheit ein Machtinstrument in die Hand gelangen könnte, lassen sich aber nicht vollständig beseitigen; immerhin ist nicht zu verkennen, dass gewisse Sicherungen eingebaut worden sind: So soll als Ausgleich über im einzelnen bestimmte wichtigere Angelegenheiten nur mit einer bestimmten Mehrheit aller Wohnungseigentümer abgestimmt werden können (was eine entsprechende Beteiligung

121 Vorne eingehend § 22 II A.
122 Vorne § 22 I D.
123 Weitnauer, DNotZ 1977, 44; Hauger, 217, Anm. 11.
124 Dazu gehören z.B. die konsequente Aufteilung von Verwaltungshandlungen, die nur einzelne Stockwerkeigentümer betreffen, auf Untergemeinschaften (vorne § 8 IV D) sowie in grösseren Gemeinschaften die unbeschränkte Möglichkeit, sich vertreten zu lassen (vorne § 21 III A).
125 Demharter, 48.
126 Hauger, 217.
127 Dazu vorne § 22 II A.
128 Zur Begründung Drucksache 8/161, 9, 20.
129 Zur Begründung Drucksachen 445/78 und 8/2444, je 13.
130 Demharter, Rechtspfleger 1977, 48 f; Bärmann, Rechtspfleger 1977, 241; Bielefeld, 40; Hanns Seuss, Die Teilungserklärung als entscheidendes Kriterium für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, in: Entwicklung und Reform des Wohnungseigentums, 22; Dieter Stephan, Die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes aus der Sicht der Rechtsprechung, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 66 f; zurückhaltend Wolfgang Müller, Welche Auswirkungen haben die geplanten Änderungen des Wohnungseigentumsgesetzes auf die Verwaltung von Eigentumswohnungen?, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 31.

mit sich bringt) und hat – nach einer neu durch die Bundesregierung eingefügten Bestimmung[131] – die Einberufungsfrist mindestens einen Monat zu betragen.

III Die Leitung der Versammlung

Sofern ein Verwalter vorhanden ist, leitet er sowohl nach schweizerischem wie nach deutschem Recht (ZGB 712n I; WEG 24 IV) die Versammlung. Beide Gesetzesbestimmungen sehen aber vor, dass die Versammlung auch einen anderen Vorsitzenden bestimmen kann; die Vorschriften sind also dispositiver Natur. Ein anderer Vorsitzender braucht auch nicht Stockwerkeigentümer zu sein[132]. Ob der Verwalter als Versammlungsleiter geeignet ist[133], hängt von den konkreten Verhältnissen ab: Einerseits hat er wohl den besten Überblick und verfügt über die meisten Kenntnisse, anderseits ist es, trotz der unterschiedlichen Struktur etwa im Vergleich zur AG, vor allem im Hinblick auf die Beeinflussungsgefahr unüblich, dass ein Exekutivorgan den Versammlungsvorsitz innehat. Ist ein Ausschuss bestellt, erscheint es sinnvoll, dessen Präsidenten die Leitung der Versammlung zu übertragen[134].

Fragen kann sich, mit welcher Mehrheit "anders" (ZGB 712n I) beschlossen werden kann. Nach schweizerischem Recht gehört die Bestimmung des Versammlungsvorsitzenden jedenfalls nicht zu den grundlegenden Vorschriften der Verwaltungs- und Nutzungsordnung, die dem Einstimmigkeitsprinzip unterliegen (ZGB 712g II); mit einfachem Mehrheitsbeschluss kann die Versammlung zu Beginn den Vorsitzenden wählen[135]; wird jedoch im Reglement eine Person bestimmt (z.B. ältester Stockwerkeigentümer), bedarf es vor der Wahl einer anderen Person der Abänderung des Reglementes. Ob in Deutschland die einfache Mehrheit ausreicht, erscheint im Hinblick auf WEG 10 I als zweifelhaft, weil es sich um eine Abänderung von WEG 24 handelt; zu Recht nimmt die herrschende Lehre jedoch an[136], ein Mehrheitsbeschluss genüge auch für die Bestimmung eines Vorsitzenden bei künftigen Versammlungen anstelle des Verwalters.

Eine genaue Regelung der Frage, wer die Versammlung leitet, ist dann wichtig, wenn dem Vorsitzenden der Stichentscheid bei Stimmengleichheit zukommt[137].

Die genauen Befugnisse des Vorsitzenden sind weder in ZGB 647 ff oder 712a ff noch im WEG geregelt; es sind deshalb die entsprechenden Vorschriften aus dem Vereinsrecht und allenfalls dem Recht der Handelsgesellschaften herbeizuziehen. Der Vorsitzende hat insbesondere zu prüfen, ob die Einberufung ordnungsmässig erfolgt sei und die Beschlussfähigkeit vorliege, die Behandlung der Traktanden zu leiten und die Abstimmungen durchzuführen[138].

131 Vgl. vorne § 22 I B 1.
132 Unrichtig Ch. Müller, 90, der davon spricht, es könne sich "auch" um einen Stockwerkeigentümer handeln; bei grösseren Gemeinschaften mag es sinnvoll sein, einen unabhängigen Dritten (z.B. Vertreter einer bestellten Kontrollstelle) zu bestimmen.
133 Zweifel hegt Studer, 62 f.
134 Friedrich, § 30, N 8.
135 Ch. Müller, 90.
136 Bärmann/Pick, § 24, N 19; Weitnauer/Wirths, § 24, N 4.
137 Vgl. hinten § 22 IV C 5.
138 Egger, Art. 66/67, N 6; Ch. Müller, 90; eingehend für das Aktienrecht Haefliger, 58 ff.

IV Die Beschlussfassung

A Überblick über die erforderlichen Mehrheiten (Quoren)

Je nach der Bedeutung und Tragweite eines Versammlungsbeschlusses ist die Zustimmung von mehr oder weniger Stockwerkeigentümern erforderlich; die gesetzgeberischen und vertraglichen Möglichkeiten können sich von der einfachen Mehrheit mit relativem Mehr (eine weitere Erleichterung der Beschlussfassung liegt nur noch in der Zuständigkeit des Ausschusses bzw. des Verwalters) über die verschiedenen qualifizierten Mehrheitsvarianten bis zur Einstimmigkeit erstrecken. Obwohl der Gesetzgeber zahlreiche Richtlinien festgelegt hat, bestehen für die Stockwerkeigentümer doch noch verschiedene Möglichkeiten, die Beschlussfassungsregeln auf die konkreten Anforderungen ihrer Gemeinschaft auszurichten.

1. Schweiz

Entscheidend ist bei der Abgrenzung der Quoren gegeneinander nicht, ob die betreffende Bestimmung im Begründungsakt oder im Reglement steht, noch bei welcher Gelegenheit sie erlassen wurde, sondern massgebend ist der Inhalt der Bestimmungen[139].

a) Einstimmigkeit

Die Einstimmigkeit ist die schärfste Form der Beschlussfassung, indem jedem Stockwerkeigentümer mit dem Stimmrecht ein ius prohibendi zukommt[140]. Diese Rechtsstellung ist vergleichbar mit den wohlerworbenen Rechten im Aktienrecht[141] und die dafür entwickelten Grundsätze können sinngemäss übernommen werden[142].

Der Einstimmigkeit bedürfen ohnehin die Verfügungen über gemeinsame dingliche Rechte[143]; dies liegt jedoch nicht in der Gestaltungsordnung der Stockwerkeigentümergemeinschaft begründet, sondern vielmehr in der mehrfachen Zugehörigkeit des gemeinsamen Eigentums: Dingliche Verfügungen über das gemeinsame Grundstück (Verkauf, Belastung) können die Stockwerkeigentümer nur einstimmig vornehmen. Ebenso wäre es z.B. unzulässig, den Ausübungsbereich des Sonderrechts (alleineigentümerähnliche Stellung) des einzelnen Stockwerkeigentümers übermässig einzuengen, ohne dass der Betreffende das Einverständnis dazu gibt[144].

139 Vgl. Friedrich, Vorbem. N 4 und § 36, N 4.

140 Deshalb wird das Einstimmigkeitsprinzip auch als ökonomisch bedenklich bezeichnet (Haab, Art. 647, N 2); zur Rechtfertigung des Einstimmigkeitsprinzips im allgemeinen: Liver, ZbJV 1964, 261 ff sowie Schneider, 121 f.

141 Zurückhaltend bei dieser Begriffsverwendung Meier-Hayoz, Art. 647, N 44 (im Gegensatz zu Studer, 29; K. Müller, 48).

142 Schluep, 96 ff, 131 ff.

143 Überblick bei Ch. Müller, 24 f.

144 Hingegen müssen schriftlich zustande gekommene Beschlüsse in der Schweiz (im Gegensatz zu Deutschland) nicht unbedingt einstimmig gefasst werden (vgl. hinten § 23 II).

Einstimmig können z.B. nur beschlossen werden[145]:

- die Änderung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung für die Nutzung und Verwaltung (ZGB 712g II);
- die räumliche Ausscheidung von gemeinschaftlichen Teilen und Sonderrechten (ZGB 712b III);
- die Begründung und Aufhebung von gegenseitigen Vorkaufs- und Einspracherechten sowie deren Vormerkung (ZGB 712c I und II);
- die Veränderung der Wertquoten (ZGB 712e II[146]);
- die Anordnung luxuriöser baulicher Massnahmen (ZGB 647e I[147]);
- die Änderung der Zweckbestimmung der Liegenschaft bzw. der Stockwerke, sofern nicht einstimmig andere Mehrheitsanforderungen vereinbart worden sind (ZGB 648 II);
- die Aufhebung des Stockwerkeigentums (ZGB 712f II).

b) Qualifizierte Mehrheit

Gesetzlich ist nur die Kumulierung der Mehrheit nach Köpfen mit der Mehrheit nach Anteilen vorgesehen; andere Qualifizierungen kennt das Gesetz nicht, insbesondere nicht allein das qualifizierte Mehr von Anteilen[148]. Durch den Verweis auf das Vereinsrecht ergeben sich keine zusätzlichen Formen qualifizierter Mehrheit[149].

Qualifizierte Mehrheiten sind vorgesehen:

- beim Erlass des Reglementes (ZGB 712g III);
- bei der Anordnung wichtigerer Verwaltungshandlungen (ZGB 647b I)[150];
- bei der Anordnung nützlicher baulicher Massnahmen (ZGB 647d I);
- bei der Anordnung luxuriöser baulicher Massnahmen, um ihre Durchführung gegen den Willen eines Stockwerkeigentümers überhaupt in Frage kommen zu lassen (ZGB 647e II).

c) Einfache Mehrheit

Das Gesetz kennt nur eine einfache Mehrheit nach Köpfen, nicht aber nach Anteilen[151]; vertraglich kann jedoch das Wertquotenstimmrecht eingeführt werden[152].

145 Vgl. auch Friedrich, § 36 und ders., SJK 1304, 10.
146 Vgl. vorne § 9 III C 1.
147 Nicht zustimmen muss derjenige Stockwerkeigentümer, der nicht dauernd beeinträchtigt wird durch die luxuriöse Massnahme und an sie keinen Kostenanteil beiträgt (ZGB 647e II).
148 Friedrich, § 34, N 6.
149 Friedrich, § 35, N 2; Egger, Art. 66/67, N 8.
150 Zur Problematik des Begriffs der wichtigeren Verwaltungshandlungen im Bereiche des Stockwerkeigentums eingehend Friedrich, § 35, N 7 ff.
151 Allgemein zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips: Schneider, 123 ff.
152 Vorne § 21 I.

Mit einfacher Mehrheit kommen alle Beschlüsse zustande, bei denen nicht gesetzlich oder vertraglich eine qualifizierte Mehrheit oder die Einstimmigkeit verlangt ist. Dazu gehören insbesondere:

- der Erlass genereller Normen wie Hausordnung, Verwalter-Reglement;
- die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen (ZGB 647a), insbesondere die Genehmigung von Kostenvoranschlag, Jahresrechnung und Kostenverteilung (ZGB 712m I 4), die Schaffung eines Erneuerungsfonds (ZGB 712m I 5) und der Abschluss der nötigen Versicherungen (ZGB 712m I 6);
- die notwendigen baulichen Massnahmen (ZGB 647c);
- der Beschluss für die Einleitung einer Ausschlussklage (ZGB 649b);
- die Wahl des Verwalters und des allfälligen Ausschusses (ZGB 712m I 2 und 3)[153].

2. Deutschland

Das System des WEG ist weniger differenziert als dasjenige des ZGB: Gesetzlich vorgesehen sind nur einstimmige Beschlüsse und einfache Mehrheitsbeschlüsse nach Köpfen; vertraglich können jedoch auch qualifizierte Mehrheiten oder Mehrheitsbeschlüsse nach Anteilen eingeführt werden.

a) Einstimmigkeit

Generell bestimmt WEG 10 I, dass Abänderungen der gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer der Einstimmigkeit bedürfen, soweit keine anderslautenden Bestimmungen vorliegen; dasselbe gilt für die Abänderung der Teilungserklärung.

Im einzelnen sind Beschlüsse einstimmig zu fassen:

- bei der Aufhebung des Wohnungseigentums (WEG 11 I);
- bei der Anordnung besonderer Aufwendungen (WEG 22 I);
- beim Wiederaufbau des Gebäudes, sofern es zu mehr als der Hälfte wertmässig zerstört war (WEG 22 II);
- bei der schriftlichen Beschlussfassung.

153 So wie hier Friedrich, § 35, N 9, § 39, N 4 sowie SJK 1305, 2; Michaud, 60; offengelassen wird die Frage von Meier-Hayoz, Art. 647b, N 9; anderer Ansicht sind hingegen K. Müller, 113; Liver, SPR V/1, 103; Flattet, 1966, 33; Magnenat, 115; Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 44; Hauger, 253. Diese Autoren übersehen aber m.E., dass mit der schlichten Wahl eines Verwalters noch nichts über seinen Kompetenzbereich ausgesagt ist, zumal seine Zuständigkeit nach dem Gesetz auf die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen (ZGB 712s) beschränkt ist; der Entscheid, ob diese oder jene Person Verwalter werden soll, hat nicht ein solches Gewicht, dass man ihn zu den wichtigen, folgenschweren Verwaltungshandlungen rechnen müsste. Soll sein Kompetenzbereich allgemein auf wichtigere Verwaltungshandlungen erstreckt werden, bedarf es ohnehin eines einstimmigen Beschlusses gemäss ZGB 712g II (vgl. dazu vorne § 17 IV B 1).

b) Einfache Mehrheit

Vorbehältlich einer anderslautenden vertraglichen Regelung werden in der Versammlung mit der einfachen Mehrheit beschlossen:

- die Gebrauchsregelung hinsichtlich der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile und des gemeinschaftlichen Eigentums (WEG 15 II);
- die Anordnung von gewöhnlichen, ordnungsmässigen Verwaltungshandlungen (WEG 21 I und III);
- die Genehmigung des Wirtschaftsplanes, der Abrechnung und der Rechnungslegung des Verwalters (WEG 28 V) sowie das Begehren auf Rechnungslegung durch den Verwalter (WEG 28 IV);
- die Bestellung und Abberufung des Verwalters und des Verwaltungsbeirats (WEG 26 I, 29 I);
- das Verlangen auf Veräusserung des Wohnungseigentums wegen Pflichtverletzung (WEG 18 III).

3. Anhang: Die Rechtfertigung des Einstimmigkeits- bzw. Mehrheitsprinzips

a) Das Einstimmigkeitsprinzip betont die enge persönliche Verbundenheit zwischen den Mitgliedern der Gemeinschaft und hat deshalb vor allem dort seine Berechtigung, wo deren Anzahl relativ klein ist. Weil jeder Stimmende einen Beschluss verhindern kann, sind seine Interessen in absoluter Weise geschützt; er kann nicht mit Pflichten belastet werden, gegen die er sich wehrt (Schutz vor Ausbeutung). Sein Stimmrecht hat deshalb weniger eine gemeinschaftliche Willensbildungsfunktion als eine Vetowirkung: Nichtzustimmung bedeutet Blockierung. Das Einstimmigkeitsprinzip begünstigt deshalb den Status quo; die Interessen der Gemeinschaftsmitglieder auf Erhaltung des bestehenden Zustandes werden privilegiert[154].

Diese Vetofunktion des Einstimmigkeitsstimmrechts führt zugleich zu einer Stagnation und Schwerfälligkeit der Gemeinschaft, die deren flexible Entwicklung hindert oder gar verunmöglicht[155] und zu Anpassungsschwierigkeiten beiträgt. Die Funktionstüchtigkeit der Gemeinschaft ist also gefährdet, vor allem bei grösseren Personenvereinigungen, weil ein (querulierendes) Mitglied die ganze Gemeinschaft lahmlegen kann[156].

b) Das Mehrheitsprinzip[157] ist demgegenüber zweckverfolgungsfreundlich; es privilegiert nicht die Interessen des einzelnen, sondern diejenigen der Gemeinschaft. Durch die Möglichkeit des Überstimmens derjenigen Mitglieder der Gemein-

154 Zöllner, 94. Vgl. allgemein auch Klaus, 182 ff.
155 Pestalozzi, 17.
156 Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 2, N 77.
157 Allgemein zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips Schneider, 123 ff (unter besonderer Berücksichtigung der Miteigentümergemeinschaft); Heiko Faber, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, Berlin 1968, 155 ff (mit weiteren Verweisen) sowie zur ideengeschichtlichen Entwicklung Ferdinand Elsener, Zur Geschichte des Mehrheitsprinzips (pars maior und pars sanior), insbesondere nach schweizerischen Quellen, Savigny-Zeitschrift, kanon. Abt. 1956, 73 ff.

schaft, die einer Veränderung des Status quo abgeneigt sind, wird die Schwerfälligkeit des Einstimmigkeitsprinzips überwunden[158]. Als Rechtfertigung dient häufig der Hinweis auf die Parallelität zum demokratischen Gleichheitsprinzip, das zu vernünftigen und massvollen Entscheiden führt[159]. Immerhin darf der aristotelische Gedanke des "pars maior – pars sanior" nicht überbewertet werden; es kann durchaus zutreffen, dass die Masse mehr sieht, zutreffender urteilt und weniger leicht zu verderben ist als ein einzelner, es muss aber nicht[160]. Nur dann kann man von einer Rechtfertigung sprechen, wenn die Abstimmenden sich am Zweck und an der Zielsetzung der Gemeinschaft ausrichten, wenn also das Gemeinschaftsinteresse mit den Individualinteressen der Mitglieder gleichläuft[161]. Für das Mehrheitsprinzip spricht, neben der erhöhten Funktionstüchtigkeit, dass dann, wenn jemand sich einem Beschluss unterziehen muss, es die Minderheit sein soll und nicht die Mehrheit[162].

Die Problematik des Mehrheitsprinzips liegt in der Gefahr der Majorisierung und der Manipulation durch die Stärkeren: Der Minderheit kann eine Veränderung des Status quo gegen ihren Willen aufgedrängt werden, die sich in besonderen Fällen bis zur vollständigen Unterdrückung zu steigern vermag, und die Mehrheit kann die Gemeinschaft ausbeuten oder doch schwer schädigen[163].

c) Aus der vorgehenden Umschreibung der inneren Rechtfertigung des Einstimmigkeits- und Mehrheitsprinzips ergeben sich bereits die allgemeinen Richtlinien für die Gestaltung der Schranken der Stimmrechtsmacht[164]:

- Weil die Abstimmungsmacht des einzelnen beim Einstimmigkeitsprinzip eine verhindernde ist, müssen Mittel und Gebote bestehen, um vorteilhafte Veränderungen zu ermöglichen.
- Weil beim Mehrheitsprinzip Veränderungen herbeigeführt werden können, die nachteilig in die Interessensphäre der Mitglieder oder der Gemeinschaft eingreifen, sind verhindernde Schranken zu suchen; dabei wird die Ausgestaltung verschieden sein, je nachdem, ob das Kopf- oder das Anteilsstimmrecht gilt.

158 Zöllner, 94.
159 Egger, Art. 66/67, N 1.
160 So zu Recht Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 2, N 78 f.
161 Kurt Hanns Ebert, Genossenschaftsrecht auf internationaler Ebene, Bd. I, Marburg/Lahn 1966, 220.
162 Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 2, N 79.
163 Zöllner, 94.
164 Zöllner, 95.

B Die Abänderbarkeit der Quorumsbestimmungen

1. Beim Erlass genereller Normen

a) Reglement

Das Reglement[165] erlässt die Versammlung der Stockwerkeigentümer; zur Gültigkeit des Beschlusses bedarf es der doppelten Mehrheit nach Personen und Anteilen (ZGB 712g III)[166]. Auf die Frage, ob beim Erlass oder bei einer allfälligen Abänderung des Reglementes vertraglich auch andere Mehrheitsanforderungen vereinbart werden können, gibt das Gesetz keine Antwort. Es ist deshalb Sinn und Zweck der Bestimmung ZGB 712g III zu hinterfragen.

aa) Nach verbreiteter Lehre ist die Erschwerung der Beschlussfassung zulässig[167]. Qualifizierte Mehrheiten schützen grundsätzlich die Minderheiten; von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, kann gegen eine Erschwerung nichts eingewendet werden, weil sie den Minderheitenschutz nur verstärkt. Es fragt sich jedoch, ob dieser gesetzgeberische Gedanke auch bei ZGB 712g III wegleitend war; als einziger hat meines Wissens Ch. Müller seine Ansicht über den allgemeinen Grundsatz hinaus zu begründen versucht.

Müller geht – zu Recht – davon aus, dass jeder Stockwerkeigentümer einen unentziehbaren, richterlich durchsetzbaren Anspruch auf den Erlass eines Reglementes hat, weshalb es "dem Gesetz zuwiderlaufen würde, wenn alle Bestimmungen des Reglementes nur mit einer sehr qualifizierten Mehrheit oder gar nur mit der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer aufgestellt und abgeändert werden könnten"[168]. Diese Ausgangslage müsste an sich dazu führen, dass die Erschwerung, wenn auch nicht vollständig ausgeschlossen, doch in engen Grenzen gehalten wäre. Diese Einschränkung macht jedoch Müller nicht: Er geht vom Beispiel aus, dass die Benutzung und der Unterhalt eines Teils des Gartens dem das Erdgeschoss bewohnenden Stockwerkeigentümer überlassen wird, und meint dazu, die Änderung einer solchen Bestimmung sei von der Zustimmung des direkt Betroffenen abhängig zu machen, "etwa dadurch, dass ein einstimmiger Beschluss verlangt wird"[169]; weil aber eine Erschwerung der Beschlussfassung nur für einzelne Teile des Reglementes nicht möglich sei, lässt Müller sie für alle Fälle zu. Damit stellt sich Müller der von ihm selbst erkannten Ausgangslage diametral entgegen.

Die Problematik von ZGB 712g III besteht darin, dass der Gesetzgeber zwar einerseits die personelle und die ökonomische Minderheit davor schützen wollte, durch ein Reglement in der Ausübung ihrer Rechte (z.B. Gebrauch der gemeinschaftlichen Teile) allzustark eingeschränkt zu werden; anderseits soll die Gemeinschaft nicht auf die Interessen jedes einzelnen Rücksicht nehmen müssen und überdies kann jeder Stockwerkeigentümer den Erlass eines Reglementes richterlich erzwin-

165 Das WEG kennt das Reglement als Zwischenstufe zwischen der einstimmigen Vereinbarung und der Hausordnung nicht.

166 Es ist nochmals zu betonen (vgl. vorne § 3 IV 1), dass sich im Reglement auch grundlegende Bestimmungen über die Verwaltungsordnung befinden können, die der Einstimmigkeit bedürfen (ZGB 712g II); auf diese Normen nehmen die folgenden Ausführungen keinen Bezug, sondern nur auf die dem Charakter des Reglements entsprechenden Bestimmungen.

167 Ch. Müller, 100; Friedrich, § 35, lit. b und § 55, N 4; K. Müller, 164, Art. 44.

168 Ch. Müller, 100; ebenso Liver, ZbJV 1965, 312.

169 Ch. Müller, 100.

gen[170]. Diese beiden Aspekte sprechen somit dafür, dass der Erlass und die Abänderung des Reglementes nicht allzustark erschwert werden sollten[171]. Je nachdem, welche gesetzgeberischen Grundgedanken man höher bewertet, müsste man also die Erschwerung der Beschlussfassung für zulässig erklären oder nicht.

Durch Auslegung lässt sich der gesetzgeberische Wille kaum eindeutig ergründen. M.E. dürfte eher der Ansicht zuzuneigen sein, die generelle Erschwerung der Beschlussfassung sei nicht möglich, weil man damit dem Recht des einzelnen besser gerecht wird und zudem eine knappe Mehrheit durch restriktive Beschlussfassungsvorschriften nicht auch in kleinsten Reglementsfragen auf den Status quo fixiert wird. Zu beachten ist dabei jedoch, dass bei einer Änderung der Nutzungsordnung der direkt Betroffene, dem wesentliche Rechte entzogen werden, jedenfalls zustimmen muss[172]. Angesichts der mangelnden Eindeutigkeit des gesetzgeberischen Willens wäre es überdies denkbar, dass die Gerichtspraxis in einem Streitfalle die Erschwerung der Beschlussfassung hinsichtlich einer konkreten Reglementsbestimmung billigen könnte, wenn sie sich auf wichtige und sachgemässe Gründe im Hinblick auf den Minderheitenschutz stützt.

bb) Ob das Quorum von ZGB 712g III erleichtert werden kann, ist umstritten. Geht man vergleichsweise davon aus, dass die Mehrheitsvorschriften für nützliche bauliche Massnahmen (ZGB 647d) erleichtert werden dürfen (ZGB 712g II), und stellt man fest, dass der Erlass eines Reglementes zwar eine wichtige Massnahme ist, den einzelnen Stockwerkeigentümern aber "meistens doch weniger stark als etwa der Beschluss über eine Gesamtrenovation, welche den Wert der Liegenschaft erhöhen soll", trifft, muss ein besonderer Schutz hinsichtlich der Aufstellung eines Reglementes als entbehrlich und damit die Erleichterung der Beschlussfassung als zulässig erscheinen[173].

cc) Unumstritten ist, dass die Abänderung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung – analog derjenigen bei konkreten Anordnungen (Verwaltungshandlungen und bauliche Massnahmen: ZGB 712g II) – auch bei den generellen Normen eines einstimmigen Beschlusses bedarf[174].

170 Dieser Anspruch entspricht demjenigen auf Vornahme der gewöhnlichen und dringlichen Verwaltungshandlungen (vorne § 17 II B und IV A), zu deren Anordnung es aber – vergleichsweise – nicht eines qualifizierten Mehrheitsbeschlusses bedarf.

171 Es ist nämlich zudem zu berücksichtigen, dass der einzelne Stockwerkeigentümer durch die Anordnung nützlicher baulicher Massnahmen meist stärker betroffen wird als durch eine Reglementsänderung.

172 Diese Frage ist unabhängig von der Frage der Zuständigkeit bei der Beschlussfassung; man muss deshalb nicht, wie Ch. Müller, 100 meint, von der Zustimmung des Betroffenen direkt auf die Einstimmigkeit des Beschlusses folgern.

173 So Ch. Müller, 100; a.A. (ohne Begründung) Friedrich, § 55, N 4. Gerade bei der Erleichterung der Beschlussfassung ist ersichtlich, dass Ch. Müller keinen besonderen Wert auf den Gedanken des Schutzes der Minderheit legt, weil er sie sonst ablehnen müsste; seine Schlussfolgerung bei der Erschwerung ist also inkonsequent.

174 Ch. Müller, 100. Die einzelnen materiellen Vorschriften bedürfen natürlich nur der qualifizierten Mehrheit von ZGB 712g III bei der Abänderung.

b) Hausordnung

Der Erlass einer Hausordnung ist eine gewöhnliche bzw. ordnungsmässige Verwaltungshandlung[175]. Für Deutschland ergibt sich dies aus WEG 21 V 1 eindeutig; demgegenüber scheint sich der schweizerische Gesetzgeber dieses Problems kaum genügend bewusst gewesen zu sein, indem beim Stockwerkeigentum auf das Miteigentum verwiesen wird, dessen Zuständigkeitsordnung jedoch nicht auf die Besonderheit der Hausordnung passt. Weil die Hausordnung stufenmässig unter dem Reglement steht und lediglich Anordnungen enthält, die Art und Weise der Benutzung des Gebäudes (allenfalls in Ausführung der Bestimmungen des Reglementes) sowie dessen Einrichtungen umschreiben, kann für den Erlass nicht – wie beim Reglement (ZGB 712g III) und bei wichtigeren Verwaltungshandlungen (ZGB 647b I) – eine qualifizierte Mehrheit zuständig sein; da es unzweifelhaft auch nicht um eine bauliche Massnahme geht, kommt nur die Anwendung von ZGB 647a I in Frage, wonach jeder Stockwerkeigentümer vorbehältlich einer anderen Regelung gewöhnliche Verwaltungshandlungen vornehmen kann (z.B. Erlass einer Hausordnung). ZGB 712m I 1 ändert daran nichts, weil damit nicht die Zuständigkeitsordnung des Miteigentums abgeändert werden soll[176]. Diese Rechtslage dürfte kaum den Intentionen des Gesetzgebers entsprechen; deren Eintritt zu verhindern ist aber nur möglich, wenn entweder bereits im Begründungsakt oder dann durch einen Mehrheitsbeschluss (ZGB 647a II) die einfache Mehrheit der Stockwerkeigentümer als zuständig erklärt wird.

Wie allgemein zu den gewöhnlichen bzw. ordnungsmässigen Verwaltungshandlungen ausgeführt[177], ist eine Erschwerung der Beschlussfassung durch einstimmigen Beschluss zulässig. Die Qualifizierung darf nur nicht rechtsmissbräuchlich sein. Eine Erleichterung ist in der Schweiz, solange die gesetzliche Ordnung (ZGB 647a I) nicht abgeändert worden ist, nicht mehr möglich, wohl aber in Deutschland (Befugnis des einzelnen Wohnungseigentümers)[178]. Obwohl eine solche vertragliche Vereinbarung nicht als unzulässig betrachtet werden kann, ist sie im Normalfall dennoch nicht zu empfehlen, weil sie dem einzelnen eine nicht zu unterschätzende Macht einräumt. Da bei einem in dieser Weise erfolgten Erlass der Hausordnung eine Anfechtung nicht möglich ist (WEG 23 IV; ZGB 75), darf wenigstens im Rahmen einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit kein allzu gewichtiger Nachweis der Rechtsmissbräuchlichkeit oder des Verstosses gegen Treu und Glauben verlangt werden.

Dieselben Erwägungen gelten auch für den Erlass eines Reglementes, das die Aufgaben und Pflichten des Verwalters oder des Ausschusses umschreibt.

175 Unter Hausordnung wird eine dem Charakter einer Hausordnung, die ein Vermieter erlässt, entsprechende Regelung verstanden; eine solche steht stufenmässig unter dem Reglement. Enthält die Hausordnung auch Vorschriften, die an sich in ein Reglement gehörten, so bedarf es zur Abänderung dieser Bestimmungen der qualifizierten Mehrheit von ZGB 712g III (vgl. auch Friedrich, § 16, N 1 f); für Deutschland vgl. BayObLG, 9.6.1975, Rechtspfleger 1975, 367.

176 Es wird nur eine – nicht unbedingt notwendige – Kompetenzabgrenzung gegenüber dem Verwalter vorgenommen.

177 Vorne § 17 IV A und § 18 III A.

178 Vorne § 18 III A.

2. Beim Erlass konkreter Anordnungen

Die Frage der Abänderbarkeit von Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen ist bereits eingehend diskutiert worden[179]. Zu den gewöhnlichen Verwaltungshandlungen gehören auch die Wahl und Abberufung der Organe, ihre Décharge-Erklärung, die Genehmigung der Jahresrechnung und die Dienstaufsicht über die Organe; diese Verwaltungsakte stehen aber nie in der Befugnis eines einzelnen (ZGB 712m I geht ZGB 647a vor). Ebenso kann vertraglich nicht die Zuständigkeit der Versammlung in diesen Fragen abbedungen werden.

3. Anhang: Die Abänderbarkeit der Zweckbestimmung

Der Begründungsakt (Teilungserklärung) kann nur einstimmig abgeändert werden, weil es sich nicht um die Frage der körperschaftlich ausgestalteten Verwaltung handelt, sondern es um die dingliche Verknüpfung der Stockwerkeigentümer zu einer Gemeinschaft geht. Genau betrachtet beschliesst deshalb auch nicht die Versammlung als Organ der Gemeinschaft, sondern die Vereinigung aller Stockwerkeigentümer. Ebenso nur einstimmig abänderbar ist die Zweckbestimmung: Dies liegt an ihrer Bedeutung für die Gemeinschaft, denn an sich gehört sie in den Kontext der Verwaltungs- und Nutzungsordnung (Reglement). Diesbezüglich beschliesst nun aber die Versammlung als Organ. Der "Sondercharakter" der Zweckbestimmung zeigt sich auch daran, dass die Stockwerkeigentümer einstimmig ein anderes Quorum für deren Abänderbarkeit vereinbaren können (ZGB 648 II)[180].

C Berechnung der Mehrheiten

1. Mehrheit aller oder nur der anwesenden Stockwerkeigentümer

Nach unumstrittener herrschender Lehre[181] beschliesst in Deutschland – mit Ausnahme von WEG 18 III – die Mehrheit der stimmenden, nicht aller Wohnungseigentümer. Durch Vereinbarung kann jedoch eine qualifizierte Beschlussfassung vorgesehen werden.

Demgegenüber gehen in der Schweiz die Meinungen darüber, ob sich die Mehrheit aller oder nur der anwesenden Stockwerkeigentümer für eine Verwaltungshandlung aussprechen müsse, auseinander[182]. Unbestritten ist, dass beim gewöhnlichen Miteigentum die Mehrheit aller Miteigentümer notwendig ist; dieser schon früher geltende Grundsatz ist durch die Revision von 1963 noch verdeutlicht wor-

179 Vorne §§ 17 und 18.
180 Eingehend dazu vorne § 12 III 4.
181 Statt vieler: Bärmann/Pick, § 25, N 45.
182 Nicht zu verwechseln ist diese Frage mit der Frage, ob bei einer Abstimmung die Mehrheit der anwesenden oder der stimmenden Stockwerkeigentümer ausschlaggebend ist.

den[183]. Die Frage danach, ob dieselbe Regelung auch für das Stockwerkeigentum gelte, spitzt sich auf die Auslegung der Verweisung in ZGB 712g I zu, wo von der "Zuständigkeit zu Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen" die Rede ist. Sicher wird die Unterteilung in Verwaltungshandlungen und bauliche Massnahmen vom Verweis mitumfasst, ebenso die Mehrheitsvorschriften, die zu deren Vornahme einzuhalten sind. Hingegen fragt sich, ob für die Berechnung der Mehrheiten nicht kraft ZGB 712m II das Vereinsrecht gilt.

Diese Frage hat auch die eidgenössischen Räte beschäftigt; auf Wunsch der nationalrätlichen Kommission hat der Bundesrat diesbezüglich weitere Abklärungen getroffen[184] und ist zum Schluss gekommen, dass die Stockwerkeigentümer nicht gleich wie die Miteigentümer zu behandeln seien[185]: Die Regelung des Miteigentums muss gelten für die Frage, welcher Mehrheit es für die verschiedenen Arten der Beschlüsse betreffend Verwaltungshandlungen und bauliche Massnahmen bedarf, während sich das Vereinsrecht (ZGB 67 II) über das Ausmass der Mehrheit auszusprechen hat[186]. Der Gesetzgeber hat also klar die Mehrheit der anwesenden Stockwerkeigentümer genügen lassen wollen; dieser Ansicht hat sich unterdessen die Mehrheit der Lehre angeschlossen[187].

Diese Auslegung wird auch gestützt durch die Heranziehung von ZGB 712p III: Die Vorschrift betreffend die Beschlussfähigkeit der zweiten Versammlung (ein Drittel aller Stockwerkeigentümer) wäre regelmässig sinnlos, wenn ohnehin die Mehrheit aller Stockwerkeigentümer zur Beschlussfassung nötig wäre [188]. Wenn Abwesende und Nichtvertretene durchwegs als Nein-Stimmen zählten, bestünde zudem die Gefahr, dass v.a. bei grösseren Überbauungen wegen mangelnder Teilnahme häufig die Handlungsunfähigkeit der Gemeinschaft eintreten würde. Wer nicht zur Versammlung erscheint, bekundet überdies sein Desinteresse, weshalb bei der Beschlussfassung eine Honorierung dieses Verhaltens abzulehnen ist. Die unterschiedliche Behandlung von Stockwerkeigentum und Miteigentum ergibt sich schliesslich auch aus deren unterschiedlichen Struktur: Die meist kleinen Miteigentumsgemeinschaften sind im Gegensatz zu den körperschaftlich organisierten Stockwerkeigentümergemeinschaften weniger gehalten, Beschlüsse in einer formellen Versammlung zu fällen[189].

183 Meier-Hayoz, Art. 647, N 20.

184 So ist eine Stellungnahme von Prof. Liver eingeholt worden (vgl. Ch. Müller, 102)

185 Ausführungen beim deutschsprachigen Berichterstatter im Nationalrat (Furgler), StenBull NR 1963, 527 f.
Nicht so eindeutig sind die Darlegungen des welschen Berichterstatters im Nationalrat (Galli): StenBull NR 1963, 528.

186 Eingehend zur Entstehungsgeschichte Ch. Müller, 102.

187 In diesem Sinne Liver, ZbJV 1965, 309 und SPR V/1, 101; Friedrich, § 24, N 10, § 25, N 3, § 34, N 1 und SJK 1304, 2 f, 9; K. Müller, 25 f, 73; Studer, 46; Ch. Müller, 102 f; Schneider, 129, Anm. 38.
A.A. sind Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 27, 29, 41 und ZSR 1966 I 175 (Besprechung Friedrich, Reglement); Montchal, 15, 57; F. Schmid, 214; Magnenat, 112 sowie neuerdings wieder Michaud, 49, 74, 75.
Offengelassen ist die Frage bei Meier-Hayoz, Art. 647, N 21.

188 Ch. Müller, 102 f.

189 Ein Ausnahmefall liegt jedoch bei der Anordnung luxuriöser baulicher Massnahmen vor; das Erfordernis der Zustimmung aller Miteigentümer (ZGB 647e I) gilt auch für die Stock-

Die gesetzliche Regelung ist jedoch dispositiv: Eine abweichende Ordnung kann vertraglich – durch einen einstimmigen Beschluss – vereinbart werden. Je nach den konkreten Umständen drängt sich dies bei der Anordnung der nützlichen und der mit einer Mehrheit beschliessbaren (ZGB 647e II) luxuriösen baulichen Massnahmen auf[190]. Es ist in solchen Fällen aber darauf zu achten, dass die vereinbarte Regelung klar ist, indem sie die Massnahmen, die der Zustimmung der Mehrheit aller Stockwerkeigentümer bedürfen, genau konkretisiert.

2. Mehrheit der anwesenden oder der stimmenden Stockwerkeigentümer

Die Frage, ob die Mehrheit der anwesenden oder der stimmenden Stockwerkeigentümer bei der Beschlussfassung massgebend ist, stellt sich nur, wenn nicht vertraglich die Mehrheit aller Stockwerkeigentümer vorgesehen ist. Darüber, wie zu entscheiden ist, gehen die Meinungen sowohl in der Schweiz wie in Deutschland auseinander.

a) Für das schweizerische Stockwerkeigentum ist kraft der Verweisung auf das Vereinsrecht (ZGB 712m II) von ZGB 67 II auszugehen, der von der "Mehrheit der Stimmen der anwesenden Mitglieder" spricht. Trotz des klar scheinenden Wortlautes[191] wird jedoch auch die Ansicht vertreten, die Mehrheit der stimmenden Stockwerkeigentümer sei ausreichend[192]. Praktisch dreht sich die Frage darum, ob Stimmenthaltungen bei der Berechnung der Mehrheiten mitzuzählen seien. Die Unsicherheit dürfte m.E. nicht zu einem geringen Teil darauf zurückzuführen sein, dass der Gesetzgeber bei den einzelnen Personengemeinschaften eine einheitliche Linie vermissen lässt: Bei der AG werden die Stimmenthalter mitgezählt (OR 703)[193], bei den Personengesellschaften ist die Frage umstritten[194] und bei der GmbH sowie der Genossenschaft zählen Leereinleger nicht (OR 808 III, 888 I).

Zur bereits erwähnten problematischen Rechtslage kommt im Rahmen des Stockwerkeigentums noch ein weiteres Problem hinzu: Die eidgenössischen Räte haben eine klare Fassung der Vorschriften betreffend die Mehrheitsberechnung gewünscht[195]; dabei scheint jedoch, soweit dies aus den publizierten Unterlagen ersichtlich ist, zwischen der Frage der Mehrheit aller bzw. der anwesenden und der

werkeigentümer, wie sich aus der besonderen Ordnung von ZGB 647e II ergibt, welche die Stellung einzelner nicht zustimmender Stockwerkeigentümer umschreibt (Friedrich, § 26, N 3).

190 In diesem Sinne das Reglement von Friedrich, § 25, N 4 und § 26, Abs. 2. Friedrich statuiert dies aber ausdrücklich als vertragliche Regelung und ist nicht, wie Schneider, 129, Anm. 38 meint, der Ansicht, gesetzlich müsse die Mehrheit aller Stockwerkeigentümer zustimmen.

191 Auf ihn stützen sich Egger, Art. 66/67, N 8 und Heini, 562.

192 In diesem Sinne Ernst Hafter, Berner Kommentar zum ZGB (Personenrecht), 2. Aufl., Bern 1919, Art. 66/67, N 7; Emil Landolt, Beiträge zum Recht der Generalversammlung, Diss. Zürich/Weida 1922, 162 f.

193 Kritisch Bürgi, Art. 703, N 7; vgl. auch von Steiger, AG, 193 f sowie Bundesgericht, 2.2. 1925, BGE 51 II 69.

194 Vgl. Siegwart, Art. 534, N 8, der selber für die Mitberechnung der Stimmenthalter eintritt.

195 Vorne Ziff. 1.

Frage der Mehrheit der anwesenden bzw. der stimmenden Stockwerkeigentümer zu wenig differenziert worden zu sein. So geht der deutschsprachige Berichterstatter im Nationalrat[196] davon aus, dass für das körperschaftlich organisierte Stockwerkeigentum eine gleichartige Regelung wie für das gewöhnliche Miteigentum sachlich nicht in jeder Hinsicht angezeigt sei, weshalb die ordnungsgemäss einberufene und beschlussfähige Versammlung mit der Mehrheit der gültigen Stimmen beschliessen könne. Mit dieser Aussage hat er die "Mittelstufe" (Mehrheit der anwesenden Stockwerkeigentümer) zwischen der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer und der Mehrheit der gültig abgegebenen Stimmen, ohne ein Wort darüber zu verlieren, übersprungen. Von einer klaren gesetzgeberischen Willensäusserung lässt sich deshalb kaum sprechen[197]. Vielmehr scheinen sich die Räte einfach gegen das Erfordernis der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer ausgesprochen zu haben.

Damit ist man aber wieder auf ZGB 67 II angewiesen. Die Vertreter der Ansicht, es müsste einem Beschluss die Mehrheit der anwesenden Stockwerkeigentümer zustimmen, haben für sich, dass die Gefahr von Zufallsbeschlüssen mit einer kleinen Stimmenzahl bescheiden ist, die Entscheidungen sich mithin auf eine breitere Basis abstützen[198]; demgegenüber spricht für die Autoren, die die Mehrheit der stimmenden Stockwerkeigentümer genügen lassen wollen, dass die Berechnungsart einfach (die Mehrheit ergibt sich unmittelbar aus dem Abstimmungsergebnis) und zweckmässig ist (ein Beschluss kommt eher zustande)[199]; zudem spricht für diese Auslegung, dass der Gesetzgeber bei den in neuerer Zeit konzipierten Gesellschaften (GmbH, Genossenschaft), im Gegensatz zu den älteren (Verein, AG), nur die Mehrheit der Stimmenden verlangt[200]. Trotz dieser nicht ungewichtigen Argumente muss m.E. vorläufig[201] vom – eindeutigen – Gesetzeswortlaut von ZGB 67 II ausgegangen werden[202], auch wenn er nicht ganz befriedigend ist.

Weil die gesetzliche Ordnung nicht zwingend ist[203], können die Vorschriften betreffend die Mehrheitsberechnung – durch einen einstimmigen Beschluss – sowohl erschwert wie erleichtert werden. Insbesondere wird es sich, vor allem in grösseren Gemeinschaften, aufdrängen, in der Gemeinschaftsordnung zu vereinbaren, dass die Mehrheit der stimmenden Stockwerkeigentümer bei der Beschlussfassung ausreichend ist.

b) Das WEG enthält keine eindeutige Regelung, ob bei der Beschlussfassung die Mehrheit der anwesenden oder der stimmenden Wohnungseigentümer erforderlich ist. Beim Verein (BGB 32 I 3) entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder[203], bei den Erwerbsgesellschaften die Mehrheit der abgegebenen Stimmen (AktG 133 I; GmbHG 47 I).

196 Furgler, StenBull NR 1963, 527 f.
197 So aber Ch. Müller, 104.
198 Liver, ZbJV 1965, 309; Friedrich, SJK 1304, 8; Studer, 47.
199 Ch. Müller, 104; K. Müller, 73; Friedrich, § 34, N 2 (diese Stellungnahme wird wohl angesichts der gegenteiligen Ansicht in SJK 1304, 8 als überholt gelten müssen).
Zudem scheint sich diese Regelung in der Praxis auch bei der AG durchzusetzen (vgl. Bürgi, Art. 703, N 7).
200 Bis zu einem anderslautenden Entscheid in der höchstrichterlichen Rechtsprechung.
201 So auch Liver, ZbJV 1965, 309.
202 Liver, SPR V/1, 101.
203 Staudinger/Coing, § 32, N 13.

Hinsichtlich des Wohnungseigentums ist somit durch Auslegung zu bestimmen, welche Regelung Anwendung finden soll. Die Mehrheit der Lehre geht dabei davon aus, dass zwar die Miteigentumsanteile der Wohnungseigentümer einen wirtschaftlichen Wert verkörpern, dass aber bei der Ausübung der Rechte dem personenbezogenen Element ein besonderes Gewicht zukommt, weil die sich aus dem Wohnungseigentum ergebenden Bindungen ihre Rechtsgrundlage in einem stark intensivierten Nachbarschaftsverhältnis haben[204]. Demgegenüber hat Ziege versucht[205], die Nichtberücksichtigung der Stimmenthalter damit zu begründen, dass das WEG die Stimmenmehrheit zwar nicht definiert, aber auch nicht eine Erschwerung der Mehrheitsbeschlussfassung durch die Zustimmung der Mehrheit der Erschienenen gewollt habe und dass eine nicht abgegebene Stimme keine Stimme sei, der Stimmenthalter also keinen Rechtserfolg herbeiführen wolle. Diesen Ausführungen ist jedoch Achelis[206] entschieden entgegengetreten. Auch die neueste Gerichtspraxis hält an der Beschlussfassung durch die Mehrheit der erschienenen Wohnungseigentümer fest: Das personenrechtlich bezogene Element der Stimmrechtsausübung lasse es als geboten erscheinen, die Mehrheit der die Versammlung bildenden Wohnungseigentümer entscheiden zu lassen; der Struktur des Wohnungseigentums werde nur die vereinsrechtliche Regelung gerecht[207]. In der Versammlung entscheidet somit die Mehrheit der erschienenen Mitglieder, wobei Wohnungseigentümer, die sich der Stimme enthalten, zwar als Erschienene gerechnet werden, ihre Stimmenthaltung jedoch deshalb wie eine Ablehnung wirkt[208].

Die gesetzliche Regelung ist nicht zwingend; durch einstimmige Vereinbarung kann somit auch die Beschlussfassung nach der Mehrheit der stimmenden Wohnungseigentümer eingeführt werden.

3. Absolute oder relative Mehrheit

Einigkeit besteht darüber, dass ein Beschluss mit der absoluten Mehrheit der massgebenden Stimmen (also mit mehr als der Hälfte der Stimmen) zustande kommt und nicht nur mit der relativen Mehrheit (also mit mehr Stimmen, als auf andere Anträge entfallen)[209]. Liegen mehrere Anträge vor, sind Eventualabstimmungen durchzuführen. Es genügt jedoch mehr als die Hälfte der Stimmen (z.B. 5 von 9); es bedarf nicht der Hälfte der Stimmen plus eine (z.B. 4 1/2 + 1 = 5 1/2 = 6[210]).

204 Vgl. Bärmann, Einleitung, N 183; Weitnauer/Wirths, § 3, N 17c.
205 Hans-Joachim Ziege, Die Bedeutung der Stimmenthaltung bei Wohnungseigentümerbeschlüssen, NJW 1975, 292 f.
206 Hans Thomas Achelis, Nochmals: Die Bedeutung der Stimmenthaltung bei Wohnungseigentümerbeschlüssen, NJW 1975, 1348 f.
207 KG, 15.4.1977, NJW 1978, 1439.
208 So auch Bärmann/Pick, § 25, N 47; Weitnauer/Wirths, § 25, N 6; Palandt/Bassenge, § 25, N 2b; Staudinger/Ring, § 25, N 7; Diester, Rechtsfragen, N 240; Achelis (Anm. 206), 1348 f; LG Wuppertal, 30.5.1972, Rechtspfleger 1972, 451 (Leitsatz 6); a.A. Soergel/Baur, § 25, N 7; Ziege (Anm. 205), 292 f; Merle, Bestellung, 40 f.
209 Friedrich, § 34, N 2; K. Müller, 73; Ch. Müller, 101.
210 Vgl. auch Hauger, 221, Anm. 22.

Dieselbe Regelung gilt grundsätzlich auch für Wahlen. Hier erscheint es aber als zulässig, in der Gemeinschaftsordnung einstimmig zu vereinbaren, dass vom zweiten Wahlgang an das relative Mehr genügt[211].

4. Die Mehrheit nach Anteilen

Wie beim Miteigentum wird auch beim Stockwerkeigentum, gestützt auf die Bestimmung ZGB 712g III, die ZGB 647b I entspricht, bei der Berechnung der Mehrheit der Anteile auf mehr als die Hälfte aller Wertquoten (501/1000) abgestellt; es werden somit, anders als bei der Berechnung der Personenmehrheit, die zustimmenden Anteile nicht den ablehnenden gegenübergestellt, sondern den Anteilen aller Stockwerkeigentümer[212]. Dasselbe gilt nach unumstrittener Ansicht auch für das WEG[213].

Ob diese Mehrheit aller Anteile vertraglich auch auf die Mehrheit der in der Versammlung vertretenen Anteile erleichtert werden kann, ist meines Wissens bisher nicht erörtert worden. Grundsätzliche Bedenken dagegen erheben sich nicht: Dem Schutz der Abwesenden dienen die Beschlussfähigkeitsvoraussetzungen[214]; zudem sollen die Anteile von Stockwerkeigentümern, deren Stimmrecht z.B. wegen Interessenkollision ruht, nicht zur Blockierung der Versammlung in wichtigeren Angelegenheiten beitragen. Unzulässig wäre eine solche Erleichterung jedoch dann, wenn sie vornehmlich deshalb vereinbart wird, um einem Stockwerkeigentümer ein unangemessenes Übergewicht bei der Beschlussfassung einzuräumen.

5. Der Stichentscheid des Verwalters oder Versammlungsvorsitzenden

Weil es zur Beschlussfassung einer Mehrheit bedarf, ist bei Stimmengleichheit noch kein Beschluss zustande gekommen. Müssen oder sollten Massnahmen angeordnet werden, so können dies der Verwalter im Rahmen seiner gesetzlich umschriebenen Rechtsstellung (ZGB 712s und t; WEG 27) und insbesondere die Stockwerkeigentümer auf Grund ihrer unentziehbaren Rechte tun, nämlich durch die Vornahme dringlicher Massnahmen (ZGB 647 II 2; WEG 21 II) sowie durch das Begehren an den Richter um Anordnung der notwendigen (ZGB 647 II 1) bzw. ordnungsmässigen (WEG 21 IV) Verwaltungshandlungen und um Festlegung einer Gebrauchsregelung (WEG 15 III)[215].

Um vor allem bei kleineren Gemeinschaften die Gefahr eines Stimmenpatts zu vermeiden, das regelmässig eine Blockierung bedeutet, können die Stockwerkeigentümer vertraglich die Einführung eines Stichentscheides, der wohl am sinnvollsten

211 In diesem Sinne ebenso Studer, 45 und für das Aktienrecht von Steiger, 197.
212 Ch. Müller, 105.
213 Hauger, 222.
214 Im einzelnen vorne § 22 II.
215 Im einzelnen vorne § 12 IV 7.

dem Verwalter oder dem Versammlungsvorsitzenden anzuvertrauen ist, vereinbaren. Während die Frage der Zulässigkeit bei der AG heftig umstritten ist[216], werden gegen den Stichentscheid beim Verein kaum Bedenken erhoben[217]. Obwohl beim Stockwerkeigentum oft beträchtliche oder zumindest für das einzelne Mitglied bedeutende Vermögenswerte auf dem Spiel stehen, ist m.E. die vertragliche Einführung des Stichentscheides als zulässig zu erachten[218]. Weder wird das Gleichbehandlungsprinzip verletzt[219], noch ist die Stockwerkeigentümergemeinschaft eine gewinnstrebige Gesellschaft, bei der im Zweifelsfall wegen der auf dem Spiele stehenden Vermögenswerte die eigendynamische Geschäftsführung eher restriktiv zu beurteilen ist, sondern es geht bei der Beschlussfassung in ihr ohnehin lediglich um die gesetzgeberisch wünschbare Erhaltung der gemeinsamen Sache (Haben, Nutzen und Verwalten von Vermögenswerten[220]).

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Einführung eines Stichentscheides zugunsten einer Person, bei der die Verstärkung der Stimmkraft sachlich gerechtfertigt ist (z.B. Verwalter, Versammlungsvorsitzender, nicht aber ein unbeteiligter Dritter), bedeutet jedoch nicht, dass eine diesbezügliche Bestimmung allgemein opportun ist. Es wird hier entscheidend auf die Zusammensetzung der Stockwerkeigentümergemeinschaft und mögliche voraussehbare Mehrheitsverhältnisse ankommen.

V Das Protokoll

1. Sowohl nach schweizerischem wie nach deutschem Recht sind die Beschlüsse der Stockwerkeigentümerversammlung zu protokollieren (ZGB 712n II; WEG 24 VI). Das Gesetz verlangt nur ein Ergebnis-Protokoll; es ist aber sinnvoll, im Reglement weiter zu gehen und auch die Aufnahme der anwesenden Personen, der wichtigen Erwägungen u.a. vorzuschreiben[221]. Ein solches Ablaufprotokoll kann nicht nur zur richtigen Auslegung der Beschlüsse beitragen, sondern erleichtert überdies den Rechtsnachfolgern den Überblick über die Rechtslage im Innenverhältnis der Stockwerkeigentümergemeinschaft.

216 Für die Zulässigkeit des Stichentscheides: von Steiger, AG, 196 f; dagegen Bürgi, Art. 698, N 24 ff; vgl. auch die Kontroverse in SJZ 1965 zwischen Elias Wolf (201 ff: pro), Leo Sigg (239 f: contra) und Fritz von Steiger (305 f: pro) sowie Jäggi, Von der atypischen Aktiengesellschaft (Gesammelte Schriften, 255 ff). Das Bundesgericht hat sich am 7.10. 1969 (BGE 95 II 555 ff, mit breiter Literaturübersicht 560) nach eingehenden Erwägungen für die Zulässigkeit der statutarischen Einführung des Stichentscheides ausgesprochen.

217 Egger, Art. 66/67, N 9; Heini, 562.

218 Friedrich, § 35, N 15 ff und SJK 1304, 10 f; a.A. Studer, 64.

219 So Studer, 64; er geht aber zu Unrecht davon aus, die Funktion des Vorsitzes sei kein sachlich genügendes Kriterium für eine verstärkte Stimmkraft (im Hinblick auf die Gleichbehandlung), denn die Verleihung des Stichentscheides bedeutet nicht die Einräumung erhöhter Stimmkraft, sondern die Befugnis, allein einen Entscheid zu fällen, wenn sich zuvor in einer Frage keine Mehrheit gefunden hat (und dafür ist der Vorsitz nicht unsachgemäss).

220 Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 1, N 67, 73.

221 Michaud, 34 f.

Einzelheiten hinsichtlich der Protokollierung enthält das Gesetz nicht[222]. Es drängen sich deshalb vor allem in grösseren Gemeinschaften Ausführungsbestimmungen im Reglement auf; angelehnt werden können diese in Deutschland an das Recht des Vereins und in beiden Rechten an das der AG, z.B. hinsichtlich der Unterzeichnung des Protokolls, der Genehmigung in der nächsten Versammlung, der Einsichtnahme durch die Stockwerkeigentümer und die von ihnen bezeichneten Kaufinteressenten[223]. Sinnvoll und angesichts der heutigen technischen Hilfsmittel nicht übermässig wäre es, wenn der Verwalter durch das Reglement verpflichtet würde, die Beschlüsse der Versammlung (und auch die richterlichen Urteile) vervielfältigt an die Stockwerkeigentümer zu versenden[224]. Dadurch erfahren die Abwesenden vom genauen Inhalt der Beschlüsse, wird die Ungewissheit über die Gültigkeit des Beschlusses (Anfechtungsfrist[225]) abgekürzt und kann jeder Stockwerkeigentümer dem Erwerber seiner Einheit ein vollständiges Dossier übergeben[226].

2. Nach ZGB 75 läuft die Anfechtungsfrist eines Versammlungsbeschlusses während eines Monats von der Kenntnisnahme an; es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist[227]. Weil somit nicht das Beschlussdatum massgebend ist[228], wird der Ersteller des Protokolls (Verwalter, Versammlungsvorsitzender oder andere Person[229]) zeitlich nicht gebunden. Je länger jedoch der Inhalt des Protokolls den Abwesenden nicht zur Kenntnis gebracht wird, desto später beginnt die Anfechtungsfrist zu laufen (es sei denn, sie würden anderweitig von den Beschlüssen erfahren) und verlängert damit die Unsicherheit über die Gültigkeit der Beschlüsse. Es erscheint deshalb als sinnvoll, im Reglement eine Frist vorzusehen, innert der das Protokoll zu erstellen ist.

Demgegenüber beginnt die einmonatige Frist zur Anfechtung nach WEG 23 IV mit dem Tag der Beschlussfassung zu laufen. Dieses Recht könnte – zumindest für die Abwesenden – illusorisch gemacht werden, wenn sie innert eines Monats vom Inhalt der in der Versammlung gefassten Beschlüsse keine Kenntnis erhielten. Da es sich nach unbestrittener Lehre[230] ebenfalls um eine Ausschlussfrist handelt, die der Verwalter nicht einseitig ausdehnen kann, "muss auch das Protokoll über die Beschlussfassungen den Wohnungseigentümern in angemessener Zeit vor Ablauf der Anfechtungsfrist, das ist zumindest eine Woche vor deren Ablauf[231], vorgelegt

222 Das schweizerische Vereinsrecht kann nicht beigezogen werden, weil dort die Protokollierung gesetzlich gar nicht vorgeschrieben ist. Eingehend auseinandergesetzt mit Zweck, Aufgabe, Inhalt und Umfang des Protokolls sowie mit der Form ihrer Aufnahme und der zu wahrenden Frist hat sich das BayObLG, 17.7.1972, Rechtspfleger 1972, 411 f, ausführlich zitiert auch bei Ullrich, 107 ff.

223 Ch. Müller, 91.

224 Ch. Müller, 91; Bärmann/Pick, § 24, N 40 f.

225 ZGB 75 i.V.m. ZGB 712m II; WEG 23 IV.

226 Ch. Müller, 91.

227 Riemer, 266 und dort zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung.

228 Vom Beschlussdatum an läuft die Frist bei der AG (OR 706 IV), der GmbH (OR 808 V) und der Genossenschaft (OR 891 II).

229 Das Gesetz stellt es den Stockwerkeigentümern frei, wen sie zum Protokollführer bestimmen wollen; es kann sich auch um einen Dritten handeln.

230 Überblick im Entscheid des BayObLG, 17.7.1972, Rechtspfleger 1972, 412.

231 In Anlehnung an die Frist von WEG 24 III.

werden"[232]. Ist der Verwalter dazu nicht in der Lage, muss er geeignete Vorkehren treffen, z.B. eine Urkundsperson beiziehen.

3. Das Protokoll hat keine konstitutive Wirkung; die Wirksamkeit des Beschlusses wird also durch die falsche Protokollierung nicht berührt[233]. Immerhin erlangt durch die nachträgliche Genehmigung auch ein unrichtig festgehaltener Beschluss Gültigkeit[234]. Weil die an der Versammlung teilnehmenden Stockwerkeigentümer den wahren Inhalt des Beschlusses kennen, sind sie durch die falsche Protokollierung nicht beschwert; nur die Abwesenden können die Anfechtungsklage einleiten. In Deutschland geben – wegen einer unglücklichen Gesetzesformulierung? – Fehler in der Protokollierung überhaupt keinen Anfechtungsgrund ab; mit der Anfechtung können nur "bei Erlass" des Beschlusses unterlaufene Rechtsverletzungen gerügt werden, nicht aber solche, die zeitlich später liegen, was für die Protokollierung naturgemäss zutrifft[235].

Fehler des Protokolls sollten in der nächstfolgenden Versammlung festgestellt werden, weil das Schriftliche, auch wenn es unrichtig ist, dauerhafter bleibt[236]. Führt die unrichtige Protokollierung zu Schäden, wird der Protokollführer allenfalls schadenersatzpflichtig[237].

4. Die genaue Protokollierung ist nur sinnvoll, wenn die Beschlüsse auch aufbewahrt werden. Ausdrücklich sagt dies zwar nur ZGB 712n II, doch muss dasselbe für das deutsche Recht gelten. Über die Aufbewahrungsdauer gehen die Meinungen auseinander: Weil es sich um Beschlüsse handelt, die auch die Rechtsnachfolger ohne zeitliche Beschränkung binden, kann m.E. nicht auf die zehnjährige Aufbewahrungsfrist von OR 962 abgestellt werden[238], sondern die Existenzdauer des Stockwerkeigentums muss massgebend sein[239]. Eine kürzere Frist im Reglement dürfte zumindest für jene Beschlüsse unzulässig sein, deren Wirkung zeitlich nicht begrenzt ist[240].

232 BayObLG, 17.7.1972, Rechtspfleger 1972, 412; so auch LG Freiburg, 25.11.1966, NJW 1968, 1973; AG Lörrach, 23.11.1965, zitiert bei Diester, Rechtsprechung, 142 f; Weitnauer/Wirths, § 24, N 6; Palandt/Bassenge, § 24, N 9 und Bärmann/Pick, § 24, N 25 und 40 sprechen davon, dass so rechtzeitig zu protokollieren sei, dass der Beschluss noch angefochten werden könne.

233 Ch. Müller, 91; Hauger, 227; Weitnauer/Wirths, § 24, N 7.

234 Ch. Müller, 91.

235 Hauger, 228.

236 Eingehend zur Möglichkeit und zum Verfahren der Protokollberichtigung das BayObLG, 21.2.1973, Rechtspfleger 1973, 254.

237 Friedrich, § 30, N 11; Weitnauer/Wirths, § 24, N 7.

238 K. Müller, 135.

239 So auch Michaud, 83.

240 Nach Friedrich, § 43, N 9 soll die Aufbewahrungsdauer im Reglement festgelegt werden; eine entsprechende Bestimmung fehlt jedoch in seiner Mustervorlage.

§ 23 Das schriftliche Verfahren

I Zirkulationsbeschlüsse

1. Das schweizerische Stockwerkeigentumsrecht kennt keine Bestimmung, die sich mit dem schriftlichen Verfahren befasst; hingegen gilt nach ZGB 66 II, dass die schriftliche Zustimmung aller Mitglieder zu einem Antrag einem Beschluss der Vereinsversammlung gleichgestellt ist. Dieselbe Regelung kennen die GmbH (OR 777 3, 808 II) und die Genossenschaft (OR 855[1]), nicht aber die AG (OR 689 I[2]). Auch im Bereiche des Stockwerkeigentums erweist sich die Anerkennung der einstimmigen schriftlichen Beschlussfassung als sinnvoll; sie wird deshalb von der Lehre durchgehend anerkannt[3]. Das schriftliche Vorgehen drängt sich insbesondere dann auf, wenn eine Massnahme an sich unbestritten ist (z.B. eine Reparatur), der Aufwand einer Versammlung sich jedoch kaum lohnt. In Anlehnung an den Randtitel von OR 716 werden die einstimmigen schriftlichen Beschlüsse als Zirkulationsbeschlüsse bezeichnet[4]; dies ist insoweit ungenau, als inhaltlich abweichende schriftliche Äusserungen nicht zulässig sind[5].

Die Ermächtigung zu Zirkulationsbeschlüssen ergibt sich aus dem Gesetz; sie braucht somit nicht ausdrücklich im Reglement erwähnt zu werden[6]. ZGB 66 II verleiht jedoch dem einzelnen Stockwerkeigentümer nicht ein unentziehbares Recht auf die Organisationsform der schriftlichen Beschlussfassung; vielmehr kann diese Möglichkeit – mangels eines schutzwürdigen Interesses – wegbedungen werden; dazu bedarf es aber eines einstimmigen Beschlusses[7]. Anderseits wird auch das Quorum allgemein nicht für zwingend erachtet; es lässt sich deshalb die Möglichkeit schriftlicher Mehrheitsbeschlüsse vorsehen; diese werden Urabstimmungen genannt[8].

2. Auch nach WEG 23 III ist ein Beschluss der Wohnungseigentümer nur dann gültig, wenn alle schriftlich zugestimmt haben. Weil das Gesetz diese Bestimmung nicht ausdrücklich für zwingend erklärt hat, wäre sie an sich abdingbar (WEG 10 I)[9]. Über Art und Ausmass der Abdingbarkeit bestehen jedoch erhebliche Zweifel. Jedenfalls zulässig dürfte die Bestimmung in einer Gemeinschaftsordnung sein, dass nur der Verwalter vorschlagen darf, das schriftliche Beschlussfassungsverfahren durchzuführen[10]. Problematisch ist jedoch z.B. die Bestimmung, wonach bereits die Hälfte der Wohnungseigentümer gültig einen schriftlichen Beschluss fassen kann.

1 Den Sonderfall der Urabstimmung (hinten II) regeln OR 880 und 888.
2 Bundesgericht, 17.12.1941, BGE 67 I 347; Haefliger, 18.
3 Liver, Marxer, 191 und SPR V/1, 101; Friedrich, § 34, N 9; Ch. Müller, 105; K. Müller, 74; Michaud, 44; Riemer, 262.
4 Friedrich, § 34, N 8; Ch. Müller, 106; zu Unrecht verwendet K. Müller, 74 den Begriff der Urabstimmung.
5 Friedrich, SJK 1304, 5.
6 Ch. Müller, 106; a.A. K. Müller, 74.
7 Ch. Müller, 106.
8 Zur Möglichkeit der Urabstimmung hinten II.
9 Diester, Rechtsfragen, N 277; Bärmann/Pick, § 23, N 15 f; Weitnauer/Wirths, § 23, N 3b.
10 Diester, Rechtsfragen, N 278.

Ohne sich weiter damit auseinanderzusetzen, können nach Weitnauer[11] Mehrheitsbeschlüsse im Wege schriftlicher Abstimmung zustande kommen, was aber nicht zu empfehlen sei, und besteht nach Pick[12] grundsätzlich Vertragsfreiheit, "mindestens in der Zulassung eines blossen (einstimmigen) Einverständnisses nur über den Modus der schriftlichen Abstimmung, ungeachtet des Ergebnisses der Abstimmung selbst, das etwa nur Mehrheit verlangt".

Demgegenüber geht Diester[13] davon aus, dass Mehrheitsbeschlüsse nicht schriftlich gefasst werden können; wenngleich WEG 23 III abdingbar sei, müsse sich die Änderung aber doch im Rahmen der ordnungsmässigen Verwaltung (WEG 21 IV) halten, da es sich um eine Frage der Verwaltung (1. Teil, 3. Abschnitt des WEG) handle; dies sei aber bei einem stark reduzierten Mehrheitserfordernis nicht mehr der Fall.

M.E. ist davon auszugehen, dass Mehrheitsbeschlüsse grundsätzlich nicht schriftlich gefasst werden können[14]; die Einstimmigkeit wird auch dann verlangt, wenn die Angelegenheit in der Versammlung von der Mehrheit beschlossen werden könnte. Pick[15] hat richtig erkannt, dass es offenbar die Absicht des Gesetzgebers war, das Verteidigungsrecht der Minderheit nicht durch Zulassung einer schriftlichen Abstimmung (nach Mehrheit) zu beschneiden. Dieser Schutzgedanke darf auch nicht durch eine vertragliche Regelung aufgegeben werden; eine Abweichung vom Einstimmigkeitsgrundsatz erscheint somit an sich als unzulässig[16]. Ein Vorbehalt kann jedoch angebracht werden: Soweit es sich um die Anordnung einer Massnahme handelt, die der einzelne Wohnungseigentümer auf Grund seines Anspruches auf eine ordnungsmässige Verwaltung beim Richter verlangen kann, müsste es wohl als rechtsmissbräuchlich oder gegen Treu und Glauben verstossend bezeichnet werden, wenn nur einer oder ganz wenige Wohnungseigentümer mit einer – aussichtslosen – Ablehnung die schriftliche Beschlussfassung torpedieren könnten.

3. Weil ein Beschluss im schriftlichen Verfahren ohnehin der Einstimmigkeit bedarf, ist für das schweizerische wie das deutsche Recht davon auszugehen, dass jedem Stockwerkeigentümer und dem Verwalter das Recht zusteht, das schriftliche Verfahren anzuordnen (bzw. anordnen zu lassen)[17], soweit ein solches Ansinnen nicht rechtsmissbräuchlich ist (z.B. die Ausschaltung des Debatterechts beabsichtigt wird).

4. Ein schriftlicher Beschluss liegt erst vor, wenn alle Zustimmungserklärungen[18] eingegangen sind[19]; von diesem Zeitpunkt an beginnt die Anfechtungsfrist zu laufen[20]; damit aber der Beginn der Frist klar ist, bedarf es einer Beschlussverkündung durch den Verwalter[21]. Dennoch ist m.E. die einmal abgegebene Zustimmungserklärung des einzelnen mit dem Empfang durch den Verwalter bindend[22];

11 Weitnauer/Wirths, § 23, N 3b.
12 Bärmann/Pick, § 23, N 16.
13 Diester, Rechtsfragen, N 279.
14 So auch Weitnauer/Wirths, § 23, N 3b; Bärmann/Pick, § 23, N 16.
15 Bärmann/Pick, § 23, N 16.
16 So nun auch das OLG Hamm in seinem Entscheid vom 6.4.1978, MDR 1978, 759.
17 Merle, Bestellung, 44 f.
18 Auch diejenigen, deren Stimmrecht ruhen würde, müssen zustimmen (Merle, Bestellung, 45 f).
19 BayObLG, 27.10.1971, MDR 1972, 145 f; Weitnauer/Wirths, § 23, N 3b.
20 HansOLG Hamburg, 14.5.1971, MDR 1971, 1012.
21 Merle, Bestellung, 46 f.
22 In diesem Sinne auch Weitnauer/Wirths, § 23, N 3b; Palandt/Bassenge, § 23, N 4; a.A. HansOLG Hamburg, 14.5.1971, MDR 1971, 1012; Bärmann/Pick, § 23, N 15; Soergel/Baur, § 23, N 5; Merle, Bestellung, 46, Anm. 124 mit weiteren Nachweisen.

mit der Abgabe der Stimme ist das Recht ausgeübt worden und kann nicht dank der Tatsache, dass andere langsamer waren, nochmals widerrufen werden.

Dass die einmal abgegebene Stimme bindend ist, wird allgemein anerkannt, wenn es um die Vervollständigung eines ungenügenden Versammlungsbeschlusses geht[23]. Es ist nämlich möglich, diejenigen, die in der Versammlung zugestimmt haben (wenn auch nur in mündlicher oder nicht namentlicher geheimer Abstimmung), ohne nochmalige schriftliche Zustimmung einzurechnen und nur noch von den Abwesenden und den in der Versammlung Ablehnenden die schriftliche Zustimmung einzuholen[24]. Dieses Vorgehen setzt jedoch voraus, dass die formfrei Zustimmenden durch das Versammlungsprotokoll zweifelsfrei ermittelt werden können; in einem solchen Fall erübrigt sich m.E. auch die schriftliche Bestätigung der Stimmabgabe durch die an der Versammlung Teilnehmenden[25]. In entsprechender Weise kann ein Beschluss zustande kommen, wenn alle an der Versammlung Beteiligten einer Anordnung zustimmen und der Verwalter bereits zuvor die schriftliche Zustimmung aller Abwesenden eingeholt hat. Unzulässig wäre jedoch eine Bestimmung in der Gemeinschaftsordnung, nach der die zum Zustandekommen z.B. eines qualifizierten Mehrheitsbeschlusses fehlenden Stimmen nachträglich durch schriftliche Zustimmungserklärungen einzelner Stockwerkeigentümer (bis zur Erreichung des Quorums) "zusammengestellt" werden könnten.

II Urabstimmung

1. Sofern die Genossenschaft mehr als 300 Mitglieder hat, kann sie sog. Urabstimmungen (OR 880) durchführen, d.h. die Stimmabgabe erfolgt in schriftlicher Form, wobei aber im Gegensatz zum Zirkulationsbeschluss nicht Einstimmigkeit aller Beteiligten, sondern nur eine Mehrheit verlangt wird. Im Aktienrecht dagegen ist die Urabstimmung unzulässig[26]. Bei den Vereinen, die sehr viele Mitglieder haben können, hat die Praxis die Zulässigkeit der Urabstimmung ebenfalls anerkannt[27].

Gilt dieser Grundsatz kraft Verweisung (ZGB 712m II) auch für das Stockwerkeigentum? Gegen die Zulässigkeit der Urabstimmung spricht, dass heute – zumindest in der Schweiz – die Stockwerkeigentümergemeinschaften meist noch relativ überblickbar sind; weil beim Stockwerkeigentum nicht irgendeine Geschäftspolitik betrieben wird, sondern die optimale Nutzung und Werterhaltung des Grundstückes im Vordergrund steht, sollten die Stockwerkeigentümer bei der Verwaltung, besonders wenn sie die Räume selber benützen, mitreden und gemeinsam einen sinnvollen Beschluss suchen können. Demgegenüber sind Fälle denkbar, in denen die Möglichkeit der Urabstimmung einem Bedürfnis entspricht. Dies gilt besonders

23 Bärmann/Pick, § 23, N 18; Weitnauer/Wirths, § 23, N 3b.
24 Vgl. auch Studer, 52.
25 Eine solche schriftliche Bestätigung verlangen Friedrich, § 34, N 10 und Egger, Art. 64, N 6.
26 Bundesgericht, 17.12.1941, BGE 67 I 347; Haefliger, 18.
27 Bundesgericht, 11.5.1922, BGE 48 II 156; Egger, Art. 64, N 6; Heini, 560; Tuor/Schnyder, 119 sowie eingehend Weber-Dürler, 105 f, 114 f, 123, 130 ff.

dann, wenn die Stockwerkeigentümergemeinschaft sehr gross ist oder wenn die Stockwerkeigentümer nicht im betreffenden Gebäude wohnen und mithin örtlich stark verstreut sind (z.B. bei einer Ferienwohnungssiedlung in den Bergen). In solchen Fällen eine beschlussfähige Versammlung zusammenzubringen, könnte unter Umständen sehr schwierig werden; ein Zirkulationsbeschluss scheitert nicht selten an einem Querulanten. Zudem wären die Aufwendungen für wenig problematische, aber notwendige Massnahmen und Verwaltungshandlungen (z.B. Abnahme der Jahresrechnung, Genehmigung des Kostenvoranschlages) nicht gerechtfertigt[28]. In der schweizerischen Lehre wird deshalb die Zulässigkeit der Urabstimmung beim Stockwerkeigentum allgemein anerkannt[29], wenn auch zum Teil mit etwas Zurückhaltung[30]. Äusserungen zur Zahl der Beteiligten fehlen jedoch; m.E. sind – je nach den Umständen (z.B. Ferienhaussiedlung) – nicht unbedingt 300 Gemeinschafter für erforderlich zu halten. Bindend sind für die schriftlichen Mehrheitsbeschlüsse aber jedenfalls die gesetzlichen Quorumsbestimmungen (z.B. ZGB 647d, e, 712g III). Überdies müsste die vertragliche Statuierung der Urabstimmung dann unzulässig sein, wenn damit die Mehrheit (v.a. wenn es eine Einzelperson ist) der Minderheit ihre Mitwirkungsrechte (z.B. Debatterecht[31]) auszuhöhlen beabsichtigt.

Die Urabstimmung kann nur durch einen einstimmigen Beschluss oder durch die Aufnahme im Begründungsakt eingeführt werden (ZGB 712g II). Dabei ist besonders darauf zu achten, dass auch die Fragen der Berechnung der Mehrheiten vertraglich eindeutig geregelt werden[32], z.B. ob ein Beschluss der Mehrheit aller oder nur der an den schriftlichen Abstimmungen teilnehmenden Stockwerkeigentümer bedarf, ob die Stimmenthaltungen mitgezählt werden usw.[33].

2. Demgegenüber kennt das WEG, wie dargetan, schriftliche Mehrheitsbeschlüsse, die über die ordnungsmässige Verwaltung hinausgehen, nicht. Im Hinblick auf die Revision des WEG von 1973 hat Diester[34] vorgeschlagen, schriftliche Mehrheitsbeschlüsse mit einer Dreiviertelsmehrheit zuzulassen; der Bundestag ist dieser Anregung jedoch nicht gefolgt. Die Frage ist nun in den neuesten Novellierungsbemühungen wieder in die Diskussion gebracht worden. So hat der deutsche Bundesrat auf Antrag der bayrischen Landesregierung folgende Neuformulierung von WEG 23 III vorgeschlagen[35]:

28 Ch. Müller, 107.
29 Friedrich, § 34, N 12 und SJK 1304, 5; Ch. Müller, 107; Michaud, 44 f; Riemer, 262.
30 Friedrich, § 34, N 12 relativiert in derselben Note gleich dreimal:
- "schwer halten, diese Ordnung (Urabstimmung) nicht auch für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer gelten zu lassen";
- "anstelle des Beschlusses ... zumindest teilweise die Urabstimmung treten";
- "Gewähr für die richtige und zuverlässige Ermittlung der Abstimmungsergebnisse bieten".

31 Vgl. vorne § 21 V 2.
32 Es stellen sich die entsprechenden Fragen wie bei der Versammlung (vorne § 22 IV C).
33 Riemer, 262.
34 Diester, Rechtspfleger 1972, 202; in diesem Sinne auch Tasche, DNotZ 1973, 454 f, 464 f und DNotZ 1974, 595 f. Einen ersten diesbezüglichen Vorschlag machte im Jahre 1962 schon Karstädt (BlGBW 1962, 312); damals hatte ihm Diester aber noch vehement widersprochen (BlGBW 1963, 300)!
35 Zur Begründung Drucksache 8/161, 9, 18 f.

"Auch ohne Versammlung kommt ein gültiger Beschluss zustande, wenn mehr als Dreiviertel der stimmberechtigten Wohnungseigentümer einem vom Verwalter den Wohnungseigentümern schriftlich vorgeschlagenen Beschluss zustimmen."

Mit dieser Erleichterung der Beschlussfassung soll vor allem den Grossgemeinschaften entgegengekommen werden. Weil dadurch aber den einzelnen Wohnungseigentümern das Ausspracherecht abgeschnitten wird, ist ein Beschluss nicht nur vom Vorliegen einer Dreiviertelsmehrheit (gegenüber der einfachen Mehrheit in der Versammlung) abhängig, sondern sind gewisse Gegenstände, denen besondere Bedeutung für die Gemeinschaft insgesamt oder die Rechtsstellung des einzelnen Wohnungseigentümers zukommt (Vereinbarungen hinsichtlich der Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses der Wohnungseigentümer untereinander gemäss WEG 10 II, Beschlüsse über die Entziehung des Wohnungseigentums nach WEG 18 III sowie über die Ersetzung der Zustimmung bei Veräusserungs- und Nutzungsbeschränkungen nach den neu vorgeschlagenen Bestimmungen WEG 12 III und 13 II[36]), von der schriftlichen Beschlussfassung ausgenommen.

Die Bundesregierung ist diesem Vorschlag gefolgt[37]; auch in der Diskussion ist die Möglichkeit, schriftliche Beschlüsse ohne Einstimmigkeit zu fassen, überwiegend positiv aufgenommen worden[38]. Weil das schriftliche Verfahren zu einer Beschneidung des Debatterechts führt, sollen wichtigere Angelegenheiten davon ausgeschlossen sein (Abänderung der Vereinbarung, erhebliche Veräusserungs- und Nutzungsbeschränkungen, Ausschluss aus der Gemeinschaft); die schriftliche Umfrage eignet sich also für regelmässige, meist nicht umstrittene Geschäfte (z.B. Abnahme der Verwalterrechnung). Zudem sind auch formelle Sicherungen eingebaut worden: Der Vorschlag für das schriftliche Verfahren muss vom Verwalter kommen (den Wohnungseigentümern steht also kein solches Recht zu[39]), die Willenserklärungen der Gemeinschafter haben innerhalb eines Monats zu erfolgen (dann wird das Geschäft als nicht zustande gekommen von der Traktandenliste "abgesetzt") und nach dem Eintreffen der genügenden Anzahl von Stimmen hat der Verwalter die Wohnungseigentümer zu benachrichtigen, womit der Beschluss als gefasst gilt.

36 Drucksache 8/161, 19.

37 Drucksachen 445/78 und 8/2444, je 13.

38 Bärmann, Rechtspfleger 1977, 241; Demharter, Rechtspfleger 1977, 49; Werner Stadler (15), Wolfgang Müller (31) und Dieter Stephan (67), je in ihren Beiträgen, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes; Hanns Seuss, Die Teilungserklärung als entscheidendes Kriterium für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, in: Entwicklung und Reform des Wohnungseigentums, 22; zurückhaltend Bielefeld, 40.

39 Der Bundesrat begründet seine Ansicht damit, dass den Wohnungseigentümern das Minderheiteneinberufungsrecht der Versammlung zustehe, was ausreichend sei (Drucksache 8/161, 19). Dem wird zuzustimmen sein: Wenn nämlich die Gemeinschafter tätig werden, dürfte es sich nicht um ein Routinegeschäft handeln, sondern um eine Angelegenheit, über die diskutiert werden muss.

§ 24 Mangelhafte Beschlüsse

I Die Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen[1]

Im schweizerischen Stockwerkeigentumsrecht gilt für die Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen wiederum kraft der Verweisung von ZGB 712m II das Vereinsrecht (ZGB 75); es ist deshalb auch für das Stockwerkeigentum auf die umfangreiche Rechtsprechung und Doktrin dazu abzustellen[2]; herangezogen werden kann weiter die aktienrechtliche Regelung von OR 706[3,4]. Das WEG enthält demgegenüber eine eigene Bestimmung über die Ungültigkeit der Beschlüsse (WEG 23 IV): Es handelt sich um eine vereinfachte Art der Anfechtungsklage, die im Vergleich zum Vereinsrecht eingeschränkter ist, gleichzeitig aber nicht eine so detaillierte Regelung wie das Aktienrecht (AktG 241 ff) enthält. Nach herrschender Lehre ist WEG 23 IV nicht zwingender Natur[5]; dies bedeutet aber nicht, dass das Anfechtungsrecht aufgehoben werden könnte, sondern nur, dass bei einer Wegbedingung die allgemeinen Regeln gelten (BGB 143).

A Nichtigkeit und Anfechtbarkeit

Sowohl das ZGB wie das WEG erwähnen die Nichtigkeit eines Versammlungsbeschlusses nicht ausdrücklich[6]. Es ist aber unbestritten, dass eine absolute Nichtigkeit dann vorliegt, wenn ein Beschluss gegen grundlegende Normen des Stockwerkeigentumsrechts verstösst: In Frage kommt die Verletzung der öffentlichen Ordnung, der guten Sitten, des Rechts der Persönlichkeit[7] sowie derjenigen fundamentalen zwingenden Gesetzesbestimmungen, die nicht nur im Interesse des einzelnen,

1 Ein umfassender Überblick über die Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen kann im folgenden nicht gegeben werden; die Darstellung beschränkt sich auf die wichtigsten Fragen im Hinblick auf mögliche vertragliche Sondergestaltungen; im übrigen muss auf die zitierte einschlägige Literatur verwiesen werden.

2 Vgl. v.a. Egger, Art. 75, N 1 ff; Heini, 548 ff; Riemer, 264 ff.

3 Bürgi, Art. 706, N 1 ff; Friedrich, § 37, N 2.

4 Vgl. auch im übrigen betreffend den Verein Curti, 71 ff, die einfache Gesellschaft Siegwart, Art. 534, N 8, die Genossenschaft Gerwig (Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1957), 290 und die Miteigentumsgemeinschaft Meier-Hayoz, Art. 647, N 26 sowie Schneider, 139 f.

5 Bärmann/Pick, § 23, N 34; Weitnauer/Wirths, § 23, N 4.

6 In WEG 23 IV a.E. ist zwar – als Sonderfall – auf den Verstoss gegen Rechtsvorschriften verwiesen, auf deren Einhaltung rechtswirksam nicht verzichtet werden kann; diese Ausnahme bezieht sich auf Verstösse beim Zustandekommen des Beschlusses, nicht auf solche gegen zwingende Vorschriften des materiellen Rechts, die zur absoluten Nichtigkeit führen, und hat deshalb lediglich zur Folge, dass die einmonatige Anfechtungsfrist nicht gilt, währenddem sich das Anfechtungsverfahren nicht erübrigt (Weitnauer/Wirths, § 23, N 8a). Diese Sondervorschrift ist aber wohl praktisch kaum wirksam geworden (vgl. auch Soergel/Baur, § 23, N 10, 12).

7 Vgl. im einzelnen von Steiger, 204 ff; Schucany, Art. 706, N 2; Bürgi, Art. 706, N 8 ff; Friedrich, § 37, N 12 f; Ch. Müller, 108 f; Riemer, 266 ff; Bärmann/Pick, § 23, N 25 ff; Weitnauer/Wirths, § 23, N 5 f.

sondern auch der Gemeinschaft liegen[8]. Unwirksam ist ein Beschluss also insbesondere dann, wenn er gegen unverzichtbare Rechte der Stockwerkeigentümer verstösst[9], wobei es sich auch um allgemeine und sogar ungeschriebene Rechtsgrundsätze handeln kann (z.B. Treu und Glauben, Institutsmissbrauch[10], Gebot der relativen Gleichbehandlung[11] und der schonenden Rechtsausübung[12])[13].

Weil nicht a priori jede Verletzung einer zwingenden Bestimmung zur Nichtigkeit führt[14], ist die Abgrenzung zur Anfechtbarkeit im Einzelfall unter Umständen relativ ungewiss. Angesichts der Tatsache, dass nichtige Beschlüsse zeitlich unbefristet auch von denjenigen, die ihnen seinerzeit zugestimmt haben, und zudem von Dritten, die ein rechtliches Interesse daran haben, bestritten werden können, was zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führt, ist im Zweifelsfall davon auszugehen, dass nur Anfechtbarkeit vorliegt[15].

Neben der Missachtung von allgemeinen Rechtsgeboten, z.B. Verstoss gegen Treu und Glauben, rechtsmissbräuchliches Verhalten oder Verletzung des relativen Gleichheitsgrundsatzes, müssten etwa folgende Versammlungsbeschlüsse als nichtig betrachtet werden[16]:

- genereller Ausschluss eines Stockwerkeigentümers vom Stimmrecht;
- Aufhebung des Anfechtungsrechtes von Versammlungsbeschlüssen;
- Aufhebung des Ausschlussrechtes eines unzumutbaren Stockwerkeigentümers;
- Zulassung von Sonderrechten ohne Miteigentumsanteil;
- Ausscheidung von zwingend gemeinschaftlichen Teilen zu Sonderrecht (z.B. Bodenfläche);
- Änderung der Wertquote eines Stockwerkeigentümers ohne seine Zustimmung;
- genereller Ausschluss der Verfügbarkeit des einzelnen Stockwerkeigentümers über seinen Anteil;
- Verpfändung der ganzen Liegenschaft durch Mehrheitsbeschluss, sofern dies nicht nach ZGB 648 II zulässig ist;
- Beschluss der Gemeinschaft, ein Gewerbe zu betreiben oder sonst sachfremde Zwecke zu verfolgen unter Anlegung eines über die Verwaltungstätigkeit hinausgehenden Vermögens[17];
- Aufhebung der Mindestbefugnisse des Verwalters[18];

8 Schluep, 280 ff.
9 Schluep, 202 f.
10 Eingehend Weber, ZBGR 1979, 159 ff.
11 Im Genossenschaftsrecht ist der Gleichheitsgrundsatz ausdrücklich statuiert: OR 854 (dazu Ruth Bernheimer, Die Gleichbehandlung der Genossenschafter im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1949); er gilt jedoch auch im Aktienrecht (vgl. Bürgi, Art. 706, N 36 ff; Heinrich Stockmann, Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, Festschrift Bürgi, Zürich 1971, 387 ff; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 21, N 6 ff); dazu jetzt auch Weber, ZBGR 1979, 165 f.
12 Meier-Hayoz/Zweifel, 389 ff.
13 Eingehend auch Egger, Art. 75, N 17 ff; Walter R. Schluep, Anfechtungsrecht und Schutz des Aktionärs, SJZ 1958, 209 ff.
14 Bundesgericht, 28.9.1954, BGE 80 II 271 ff; auch 21.3.1967, BGE 93 II 30; Egger, Art. 75, N 14; von Steiger, AG, 207; Riemer, 267 und dort in Anm. 52 zitierte Literatur; a.A. wohl Heini, 550.
15 Ch. Müller, 109.
16 Vgl. statt vieler Riemer, 267 f; Ch. Müller, 108 f; Bärmann/Pick, § 23, N 26.
17 BBl 1962 II 1491 f, 1518.
18 ZGB 712s; WEG 27 I, II, III; dies gilt natürlich nur, wenn überhaupt ein Verwalter bestellt ist.

- grundlegende formelle Verfahrensfehler[19] wie Einberufung durch eine unzuständige Person, z.B. einen einzelnen Stockwerkeigentümer[20], oder Einberufung ohne Traktandenliste[21].
- Umstritten ist, ob die Verletzung von Quorumsbestimmungen zur Nichtigkeit führt; soweit es sich um die Änderung der Ordnung über die Beschlussfassung, die einstimmig zu erfolgen hat, durch einen Mehrheitsbeschluss handelt, wird Nichtigkeit anzunehmen sein[22]; geht es jedoch um die Nichteinhaltung von Mehrheitsvorschriften im Bereiche der Verwaltungstätigkeit der Gemeinschaft, legt es der Gedanke der Rechtssicherheit nahe, die ausdrückliche Anfechtung vorauszusetzen; gerade bei Abstimmungen über konkrete Massnahmen soll möglichst bald Klarheit über die Rechtslage bestehen und darf ein Stockwerkeigentümer oder ein Dritter nicht nach längerer Zeit noch den Einwand erheben können, der Beschluss sei gar nicht gültig; nach anfänglicher Unsicherheit sind die deutsche Lehre und Rechtsprechung in diesem Sinne herrschend geworden[23], während die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Schweiz noch schwankend ist[24].

Weil die zur Nichtigkeit führenden Versammlungsbeschlüsse unverzichtbare Rechte der einzelnen Stockwerkeigentümer oder öffentliche Interessen tangieren, erscheint es grundsätzlich nicht möglich, vertraglich zu bestimmen, in welchen Fällen z.B. die Nichtigkeit ausgeschlossen sein solle. Die Konturierung allgemeiner Grundsätze wie Rechtssicherheit, Treu und Glauben, Rechtsgleichheit u.a. obliegt der richterlichen Entscheidung. Immerhin dürfte es nicht unzulässig sein, in solchen Fällen, bei denen die Grenzziehung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit fliessend ist (z.B. formelle Verfahrensgarantien, Verletzung von Quorumsbestimmungen), in der Gemeinschaftsordnung diesbezügliche Vorschriften aufzustellen, wobei sie in einem Streitfalle jedoch vorfrageweise daraufhin überprüft werden können, ob sie gegen die guten Sitten verstossen oder die Persönlichkeitsrechte des einzelnen tangieren[25].

B Anfechtungstatbestände

Angefochten werden können:

- Gesetzesverletzungen: Darunter ist die Gesamtheit der das Stockwerkeigentum betreffenden Normen zu verstehen; in Frage kommen aber nicht nur geschriebene Rechtssätze (eingeschlossen die allgemeinen Klauseln[26]), sondern ebenso ungeschriebene Rechtsgrundsätze (Gleichbehandlungsprinzip, Schutz wohlerworbener Rechte[27]). Die Anfechtung wegen der Abgabe von ungültigen

19 Obergericht Luzern, 3.8.1971, SJZ 1973, 94.
20 Bundesgericht, 3.12.1945, BGE 71 I 387 f.
21 Obergericht Luzern (Anm. 19); Ernst Hafter, Berner Kommentar zum ZGB, Bd. I, 1910, Art. 66/67, N 13; Riemer, 268; a.A. Zivilgericht Basel, 8.1.1969, BJM 1969, 116.
22 Ch. Müller, 108.
23 BGH, 21.5.1970, NJW 1970, 1316 mit zust. Anm. Pick, NJW 1970, 2061; KG, 19.6.1969, NJW 1969, 2205 f; Weitnauer/Wirths, § 23, N 6; Bärmann/Pick, § 23, N 26 (im Gegensatz zur 1. Aufl. und zu OLG Celle, 8.10.1960, zitiert bei Diester, Rechtsprechung, Nr. 53).
24 Nichtigkeit betr. OR 889 I (Bundesgericht, 11.2.1952, BGE 78 III 43) und keine Nichtigkeit betr. OR 650, 636, 648 (Bundesgericht, 12.5.1960, BGE 86 II 88).
25 Unter Umständen wird man dabei die Beschränkung der Rechtsstellung als übermässig und damit unwirksam bezeichnen müssen.
26 Treu und Glauben, Rechtsmissbrauch (Egger, Art. 75, N 18 f).
27 Egger, Art. 75, N 20 f sowie im allgemeinen die Diss. von Schluep.

Stimmen hat aber nur Aussicht auf Erfolg, wenn diese das Ergebnis entscheidend beeinflusst haben, also kausal dafür gewesen sind[28].

– Verstösse gegen die "Statuten"[29]: Sie umfassen die Gesamtheit der in der betreffenden Gemeinschaft massgeblichen rechtsgeschäftlichen Beziehungen[30], also Begründungsakt (Teilungserklärung), Reglement (Gemeinschaftsordnung), Hausordnung, Verwaltungsanordnungen usw.

Gegen eine vertragliche Erweiterung der Anfechtungstatbestände bestehen an sich keine Bedenken[31]. Die praktischen Möglichkeiten dürften zwar relativ beschränkt sein. Eine Grenze besteht jedoch m.E. darin, dass es sich bei den weiteren vereinbarten Anfechtungstatbeständen immer um Rechtsfragen handeln muss, denn dem Wesen der Stockwerkeigentümergemeinschaft würde es widersprechen, wenn der Richter über die Angemessenheit bzw. Zweckmässigkeit der Versammlungsbeschlüsse (soweit diese nicht ein erhebliches Mass an Unsachlichkeit annehmen und deshalb kaum mehr als ordnungsmässig zu bezeichnen sind[32]) befinden müsste[33].

Hingegen ist eine vertragliche Einengung der Anfechtungstatbestände problematisch: Unzulässig sind jedenfalls allgemeine Einschränkungen, die offenlassen, worauf eigentlich verzichtet wird[34]. Hingegen sind Anfechtungsbeschränkungen hinsichtlich konkretisierter Einzelfälle, die verzichtbare Rechte betreffen, sowie im Hinblick auf dispositives und relativ zwingendes Recht[35] möglich[36].

C Anfechtbare Akte

1. Anfechtbar sind in erster Linie die Beschlüsse der Stockwerkeigentümerversammlung; dabei kann es sich auch um Spezialbeschlüsse handeln, die im Gesetz nicht als solche ausdrücklich erwähnt sind:

– Beschluss über die Einsprache gegen die Veräusserung oder Gebrauchsüberlassung einer Stockwerkeinheit[37];
– Beschluss betreffend die Ablehnung der Abberufung des Verwalters[38];
– Beschluss, den die Versammlung auf Grund einer Reglementsbestimmung fasst (z.B. bei Differenzen zwischen dem Stockwerkeigentümer und dem Nutzniesser über die Stimmrechtsausübung).

28 OR 691 III (Literaturüberblick bei Haefliger, 21) und für Deutschland Bärmann/Pick, § 25, N 48. Dieser Fall der ungültigen Stimmabgabe an der Generalversammlung ist zu unterscheiden von der ungerechtfertigten Ausschliessung, bei der es nicht auf die Kausalität der Stimmkraft ankommt, weil der tatsächliche Einfluss nicht abschätzbar ist (dazu vorne § 21 V a.E.).
29 Begriff von ZGB 75.
30 Riemer, 265; Studer, 82 f.
31 Bürgi, Art. 706, N 2.
32 Dazu vorne § 17 II A und § 21 I D.
33 Bundesgericht, 9.7.1974, BGE 100 II 392 f.
34 Bürgi, Art. 706, N 2.
35 Schluep, 280 ff bezeichnet als relativ zwingend diejenigen Rechtssätze, die im ausschliesslichen Interesse der Aktionäre erlassen sind, nicht aber im Interesse Dritter oder im öffentlichen Interesse.
36 Schluep, 202 f.
37 Riemer, 264.
38 Friedrich, § 39, N 16; Riemer, 264.

2. Nach WEG 43 I 2 sind Anordnungen des Verwalters anfechtbar[39,40]. Diese Möglichkeit kennen weder das schweizerische Aktienrecht[41] noch grundsätzlich das Vereinsrecht[42], weshalb sie auch für das Stockwerkeigentum abgelehnt wird[43]. Immerhin hat das Bundesgericht in einem singulären Entscheid festgestellt[44], dass dann, wenn Mitgliedschaftsrechte beeinträchtigt würden (Verhängung von Bussen durch den Verwalter) und ein Weiterzug an die Versammlung nicht möglich sei, auch Verfügungen des Verwalters angefochten werden können. Massgebend ist also die Tangierung der mitgliedschaftlichen Rechtsstellung.

Ist die vertragliche Einführung eines Anfechtungsrechts von Anordnungen des Verwalters zulässig? M.E. muss dabei wiederum unterschieden werden zwischen den schlichten Verwaltungs- (Geschäftsführungs-)massnahmen und Eingriffen in die Mitgliedsposition. Bei den ersteren hat das Bundesgericht eine diesbezügliche Gesetzeslücke im Aktienrecht abgelehnt[45]; der Gesetzgeber hat danach also bewusst auf die Einführung einer direkten richterlichen Überprüfungsbefugnis verzichtet. Es widerspräche deshalb den gesetzgeberischen Intentionen, auf vertraglichem Wege dennoch die entsprechenden Rechte zu schaffen. Das richterliche Anfechtungsrecht von Verwaltungsanordnungen entspricht auch nicht einem unausweichlichen Bedürfnis, denn der Verwalter ist der Gemeinschaft nicht nur rechenschafts- und bei pflichtwidriger Vertragserfüllung gegebenenfalls schadenersatzpflichtig, sondern die Stockwerkeigentümer können auch – neben dem Erlass von präventiv wirkenden Weisungen – vertraglich ein Rekursrecht gegen die Verfügungen des Verwalters an die Versammlung vereinbaren; anfechtbar sind aber so nur selbständige, nicht in Vollziehung eines Versammlungsbeschlusses ergehende Anordnungen[46]. Soweit es sich jedoch nicht um eigentliche Geschäftsführungsmassnahmen handelt, sondern der Verwalter in den Bestand der Mitgliedschaftsrechte (wohlerworbene Rechte) eingreifen kann, muss, weil ein Zwang zur Schaffung eines gemeinschaftsinternen Rechtsweges als unzulässig erscheint, die vertragliche Vereinbarung der Anfechtungsmöglichkeit einer solchen Verfügung möglich sein. Vorbehalten bleibt zudem immer noch die Feststellung der Nichtigkeit einer konkreten Anordnung[47,48].

3. Soweit ein Ausschuss keine Entscheidungsbefugnisse hat, stellt sich die Frage des Anfechtungsrechts nicht. Hat er aber solche, ist auf Grund des Gesetzeswortlautes von ZGB 75 anzunehmen, dass auch seine Beschlüsse anfechtbar sind[49];

39 Vgl. im einzelnen Bärmann/Merle, § 43, N 23 ff.
40 Die Anfechtbarkeit geht jedoch verloren, wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft die Massnahme gebilligt hat; dann ist gegen den Versammlungsbeschluss vorzugehen.
41 OR 706 I; Bürgi, Art. 706, N 6.
42 ZGB 75; Egger, Art. 75, N 8; Heini, 549.
43 Friedrich, § 37, N 4.
44 Bundesgericht, 4.6.1926, BGE 52 I 75; Heini, 549.
45 Bundesgericht, 21.3.1950, BGE 76 II 63.
46 Vgl. im einzelnen Friedrich, § 46.
47 Friedrich, § 46, N 1. Den Stockwerkeigentümern steht weiter die Möglichkeit offen, einen nicht pflichtgemäss sich verhaltenden Verwalter aus wichtigem Grund abzuberufen.
48 Angesichts der in der Praxis immer stärker auftretenden Tendenz, vor allem in grösseren Überbauungen dem Verwalter eine erhebliche Machtstellung einzuräumen, wäre aber zu überlegen, ob nicht gesetzlich ein Anfechtungsrecht von Verwaltermassnahmen eingeführt werden sollte. Dies müsste aber wohl im Gesamtzusammenhang auch mit den anderen Gesellschaftstypen geschehen.
49 So auch Riemer, 265; a.A. Friedrich, § 37, N 4 und Michaud, 66.

demgegenüber fehlt es in WEG 43 an einer entsprechenden Kompetenzbestimmung. Einer vertraglichen Einführung des Anfechtungsrechts steht m.E. jedoch nichts entgegen[50]; ein solches wird sich vor allem in grösseren Gemeinschaften als sinnvoll erweisen, weil der Ausschuss nicht mit dem Verwalter verglichen werden kann, denn er handelt, wenn er entscheiden kann, normalerweise in Angelegenheiten, hinsichtlich derer sonst nicht der Verwalter, sondern die Stockwerkeigentümerversammlung kompetent wäre, die sie aber aus Praktikabilitätsgründen, vor allem wenn es sich um "mittelgewichtige" Aufgaben handelt, an den Ausschuss delegiert hat. Wird diese Auslegung abgelehnt, besteht immer noch die Möglichkeit, ein Rekursrecht gegen Entscheidungen des Ausschusses an die Versammlung zu vereinbaren[51].

D Die Anfechtungslegitimation

1. Anfechtungslegitimiert ist jedenfalls jeder Stockwerkeigentümer; es handelt sich dabei nach unumstrittener Lehre um ein absolut unentziehbares Recht[52]. Einen Beschluss können aber nur solche Stockwerkeigentümer anfechten, die in der Abstimmung dagegen votiert haben[53] oder in der Versammlung – auch verschuldeterweise – nicht zugegen waren. Eine vertragliche Vereinbarung, wonach auch die Zustimmenden das Anfechtungsrecht behalten, ist m.E. wegen der Unvereinbarkeit mit ZGB 2/BGB 242 (venire contra factum proprium[54]) nicht möglich. Die Anfechtung eines einstimmig gefassten Beschlusses[55] bleibt deshalb beschränkt auf den Fall, dass ein Stockwerkeigentümer vorgängig seine Stimmabgabe wegen Grundlagenirrtums oder Täuschung[56] unverbindlich erklären lässt. Ein genereller vertraglicher Verzicht des Stockwerkeigentümers auf die Anfechtung fehlerhafter Beschlüsse verstösst gegen seine Persönlichkeitsrechte und ist somit unverbindlich; hingegen ist ein Verzicht im Rahmen des dispositiven Rechts und im Hinblick auf einen konkreten Einzelfall vorgängig und nachträglich, sofern keine unsittliche Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung vorliegt, zulässig; vorbehalten bleibt ohnehin die Geltendmachung der Nichtigkeit, auf die nicht verzichtet werden kann.

2. Anfechtungslegitimiert sind auch der Vertreter von gemeinsam dinglich Berechtigten (ZGB 712o I; WEG 25 II) sowie der Nutzniesser in demjenigen Bereich, in dem ihm das Stimmrecht zusteht (ZGB 712o II)[57]. Hingegen fehlt ihm das Anfechtungsrecht insoweit, als er kraft seines beschränkten dinglichen Rechts nicht mehr zuständig ist (Anordnung nützlicher und luxuriöser baulicher Massnahmen); auch vertraglich kann ihm mangels eines rechtlich schutzwürdigen Inter-

50 Zur vertraglichen Regelung äussern sich Friedrich und Michaud nicht.
51 Entsprechend dem Rekurs gegen Entscheide des Verwalters.
52 Statt vieler: Forstmoser/Meier-Hayoz, § 21, N 14; Bürgi, Art. 706, N 1; Schluep, 202.
53 Bundesgericht, 17.2.1948, BGE 74 II 43; Bürgi, Art. 706, N 60; von Steiger, AG, 210.
54 Merz, Art. 2, N 400 ff.
55 Vgl. Bürgi, Art. 706, N 14.
56 Die Anfechtung wegen Willensmängeln bei der Stimmabgabe ist nach unumstrittener Lehre zulässig: Bürgi, Art. 706, N 60; Bärmann/Pick, § 23, N 24.
57 Friedrich, § 37, N 7; dieselbe Regelung gilt auch für das Aktienrecht (OR 690 und die Kommentatoren dazu).

esses in diesem Rahmen kein Anfechtungsrecht eingeräumt werden; werden seine Rechte durch bestimmte Anordnungen der Versammlung erheblich eingeschränkt, wird ihm sein Vertragspartner, der Stockwerkeigentümer, schadenersatzpflichtig, weshalb dieser, um der Inanspruchnahme zu entgehen, den Versammlungsbeschluss allenfalls anzufechten hat.

3. Kein Anfechtungsrecht steht unbeteiligten Dritten zu. Auch bei der vertraglichen Verleihung eines solchen ist m.E. äusserste Zurückhaltung zu üben; immerhin erscheint es als denkbar, in konkret bestimmten Fragen einem interessierten Dritten die Möglichkeit einzuräumen, einen Versammlungsbeschluss anzufechten (z.B. dem Hypothekargläubiger im Hinblick auf eine weitere Beleihung der Liegenschaft).

4. Zur Anfechtung legitimiert ist nach WEG 43 I 2 und 4 auch der Verwalter; demgegenüber trifft dies, im Gegensatz zum Aktienrecht (OR 706 I[58]), auf das schweizerische Vereins- und damit Stockwerkeigentumsrecht[59] nicht zu[60]. Ob die vertragliche Verleihung des Anfechtungsrechts zulässig ist, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet. Entgegen Riemer[61] ist ZGB 75 nicht spezifisch zum Schutz der Mitglieder aufgestellt, sondern neben der Wahrung der mitgliedschaftsrechtlichen Rechtsstellung des einzelnen wird ebensosehr der Schutz der Gemeinschaftsinteressen im allgemeinen beabsichtigt, weshalb die Einräumung des Anfechtungsrechts an den Verwalter gerade im Hinblick auf seine Aufgaben gemäss ZGB 712s III je nach den konkreten Einzelumständen durchaus sinnvoll ist[62].

5. Sowohl nach schweizerischem wie nach deutschem Recht haben die Mitglieder des Ausschusses kein Anfechtungsrecht[63]. Sofern sie keine Entscheidungsbefugnisse haben, fehlt ihnen, wie anderen Dritten, ein genügend rechtlich schutzwürdiges Interesse. Bejaht man jedoch grundsätzlich – wie hier – die Möglichkeit der Anfechtung von Entscheiden des Ausschusses, wird man konsequenterweise die vertragliche Einräumung des Anfechtungsrechtes an seine Mitglieder nicht als unzulässig erachten können[64].

E Anfechtungsfrist

Nach ZGB 75 und WEG 23 IV beträgt die Anfechtungsfrist einen Monat; sowohl nach schweizerischem[65] wie nach deutschem[66] Recht handelt es sich um eine Verwirkungsfrist. Kann diese vertraglich verkürzt oder verlängert werden? Eine Abkür-

58 OR 706; Bürgi, Art. 706, N 52.
59 Friedrich, § 37, N 6.
60 Ist der Verwalter Stockwerkeigentümer, ist er ohnehin auf Grund dieser Rechtsstellung zur Anfechtung legitimiert.
61 Riemer, 266.
62 So auch Friedrich, § 37, N 6, 17 (eine entsprechende Bestimmung im Musterreglement fehlt jedoch); Studer, 86; Michaud, 65.
63 Mit Ausnahme des Anfechtungsrechts als Stockwerkeigentümer.
64 A.A. Michaud, 65, Anm. 38; er geht aber von der nicht unbedingt zutreffenden Annahme aus, dass alle Ausschuss-Mitglieder Stockwerkeigentümer sind (vgl. dazu hinten § 25 I).
65 Riemer, 266 sowie die dort in Anm. 49 zitierte Bundesgerichtspraxis.
66 BGH, 21.5.1970, NJW 1970, 1316.

zung der Frist bedeutet an sich eine Einschränkung der Rechte des einzelnen; als schwerwiegend kann man sie aber nicht bezeichnen. Dazu kommt, dass vor allem Abwesende ohnehin erst mit der Zustellung des Protokolls über die Versammlungsbeschlüsse orientiert werden[67]. Wenn nun nach herrschender Lehre[68] dem Stockwerkeigentümer mindestens eine Woche Zeit verbleiben muss, um sein Anfechtungsrecht auszuüben, wird man die Monatsfrist nicht für das generelle Mindestmass halten dürfen; eine beschränkte Abkürzung der Frist aus sachgemässen Gründen – durch einen einstimmigen Beschluss – erscheint deshalb als zulässig[69], sofern die Entscheidungsfrist für die einzelnen Stockwerkeigentümer nicht unzumutbar kurz wird[70]. Gegen eine Verlängerung der Frist spricht der Gedanke der Rechtssicherheit: Die Gemeinschaft soll innert einer vernünftigen Frist wissen, ob ein Beschluss Bestand hat oder nicht[71]. Damit lässt sich ein Verbot der Ausdehnung der Frist m.E. noch nicht rechtfertigen[72]; gerade bei Ferienhaussiedlungen, an denen Ausländer beteiligt sind, die über keinen Zustellungsbevollmächtigten in der Schweiz verfügen müssen, kann sich die einmonatige Frist als zu kurz erweisen. Deshalb ist eine Verlängerung nicht von vorneherein unzulässig[73]; sie muss sich aber auf sachentsprechende Gründe stützen können.

In der Schweiz läuft die Anfechtungsfrist beim Verein (und damit Stockwerkeigentum) vom Moment der Kenntnisnahme an. Nicht nur, weil es sich um eine Singulärvorschrift handelt[74], sondern insbesondere, weil dadurch keine schutzwürdigen Interessen verletzt werden, muss es zulässig sein, vertraglich zu vereinbaren, dass die Frist mit dem Beschlussdatum zu laufen beginnt, sofern dafür Gewähr geboten ist, dass alle Stockwerkeigentümer innert angemessener Frist vor Ablauf der Anfechtungsfrist über den Inhalt der Versammlungsbeschlüsse durch das Protokoll informiert werden[75]. Aus Rücksicht auf den Gedanken der Rechtssicherheit dürfte es demgegenüber im deutschen Bereich nicht möglich sein, vertraglich den Beginn des Fristenlaufes auf den Tag der Kenntnisnahme statt auf das Beschlussdatum festzulegen.

Um den Härten zu begegnen, die dadurch entstehen können, dass ein Stockwerkeigentümer erst nach Ablauf der Frist (vom Beschlussdatum aus gerechnet) von den Beschlüssen erfährt, hat der Bundesgerichtshof die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als zulässig erklärt, wenn die Fristversäumnis unverschuldet er-

67 Vgl. vorne § 22 V.
68 Vorne § 22 V 2 Anm. 232.
69 So auch Bärmann/Pick, § 23, N 43; Soergel/Baur, § 23, N 9; Palandt/Bassenge, § 23, N 5c; a.A. Friedrich, § 37, N 16.
70 Der Stockwerkeigentümer muss dabei nicht nur einige Stunden Überlegungszeit, sondern auch noch die Möglichkeit haben, z.B. einen Rechtsanwalt zu konsultieren.
71 Bundesgericht, 12.5.1960, BGE 86 II 88.
72 Bedenken gegen eine Verlängerung der Frist hegen Friedrich, § 37, N 17; Palandt/Bassenge, § 23, N 5c; Soergel/Baur, § 23, N 9; a.A. Bärmann/Pick, § 23, N 43. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass die Frist bei den Handelsgesellschaften in der Schweiz durchgehend zwei Monate beträgt (OR 706 IV, 808 V, 891 II).
73 Bärmann/Pick, § 23, N 43.
74 Nicht nur nach WEG 23 IV, sondern auch im schweizerischen Aktien- (OR 706 IV) und Genossenschaftsrecht (OR 891 II) sowie bei der GmbH (OR 808 V) läuft die Frist vom Beschlussdatum an.
75 Vorne § 22 V 2.

folgt ist (z.B. schwere Krankheit, unvorbereitete Auslandabwesenheit)[76]; dem hat sich die Lehre angeschlossen[77]. Beginnt die Frist nach ZGB 75 erst mit der Kenntnisnahme zu laufen, wird sich dieses Problem nur in einem seltenen Ausnahmefall stellen[78]; hingegen ergibt sich die Frage der Zulässigkeit der Restitution, wenn vertraglich das Beschlussdatum für den Fristenlauf als massgebend erklärt worden ist. Das Gesetz sieht sie zwar nicht vor[79], doch spricht nichts dagegen, vertraglich zu vereinbaren, dass ein aus einem – richterlich überprüfbaren – wichtigen Grund verhinderter Stockwerkeigentümer auch verspätet noch die Anfechtungsklage anheben kann.

II Schadenersatzansprüche

Die Stockwerkeigentümer stehen untereinander in einem besonderen Schuldverhältnis: Sie bilden eine Gemeinschaft von Miteigentümern, wobei als Qualifizierung die Ausscheidung von Sonderrechten kraft Gesetzes dazukommt. Neben den Rechten übernehmen die Stockwerkeigentümer auch Pflichten: Dem freiwillig eingegangenen Gemeinschaftsverhältnis entspringen insbesondere Schutz- und Treuepflichten, wie sie allgemein jedem schuldrechtlichen Verhältnis innewohnen (ZGB 2; BGB 242)[80]. Eine der Pflichten ist es insbesondere, zur Erhaltung und ordnungsgemässen Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zusammenzuwirken (ZGB 712a III und 712h I; WEG 14). Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, haben sie allenfalls einen Schadenersatzanspruch eines geschädigten Stockwerkeigentümers zu gewärtigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn dessen Stockwerkeinheit wegen der Nichtinstandhaltung der gemeinschaftlichen Teile[81] oder wegen der Vernachlässigung der Unterhaltspflicht bei einem anderen Sonderrechtsteil[82] Schaden leidet (z.B. Feuchtigkeitserscheinungen). Passivlegitimiert gegenüber solchen Ansprüchen ist entweder der Verwalter oder die schuldhaft (z.B. durch Nichtleisten der Beiträge) die Instandhaltung sabotierenden Stockwerkeigentümer[83].

Pflichten können aber auch dadurch verletzt werden, dass eine Mehrheit von Stockwerkeigentümern die Beschlussfassung (durch negative Stimmabgabe oder Nichterscheinen zur Versammlung) über anzuordnende Massnahmen verhindert. Die Mehrheit muss zwar nicht die optimale Erfüllung der Gemeinschaftsinteressen verfolgen (unzweckmässiges Handeln ist erlaubt); hingegen ist ihr Verhalten dann rechtsmissbräuchlich, wenn sie, unter Hintanstellung der Gemeinschaftsinteressen,

76 BGH, 21.5.1970, NJW 1970, 1317.
77 Anm. Pick zum erwähnten Entscheid des BGH (NJW 1970, 2061); Bärmann/Pick, § 23, N 40; Weitnauer/Wirths, § 23, N 8b.
78 Etwa dann, wenn ein Stockwerkeigentümer nach Kenntnisnahme gewillt ist, den Beschluss anzufechten, wegen einer schweren Krankheit nicht nur daran, sondern auch an der Bestellung eines Vertreters gehindert wird.
79 von Steiger, AG, 210.
80 Weitnauer/Wirths, § 10, N 8.
81 Bärmann/Pick, § 21, N 62; Weitnauer/Wirths, § 21, N 20.
82 Friedrich, § 9.
83 Weitnauer/Wirths, § 21, N 20; Soergel/Baur, § 21, N 11.

sachfremde eigene Vorteile sichert; in einem solchen Fall kann die Minderheit den Beschluss anfechten, auch wenn nicht eine geschriebene Gesetzes- oder Statutenbestimmung verletzt ist[84].

Daneben kann es jedoch auch Fälle geben, in denen sich die zweckwidrige Entscheidung nicht auf den ersten Blick ergibt, weshalb die Anfechtung ziemlich chancenlos ist; dennoch lässt sich unter Umständen voraussehen, dass einer Minderheit ein Schaden erwachsen wird. Im schweizerischen Aktienrecht ist anerkannt, dass die Mehrheit gegenüber der Minderheit in diesem Fall eine Schadenersatzpflicht gestützt auf OR 41 ff trifft, das Verschulden also nachzuweisen ist[85]. Demgegenüber stellt für die deutsche Lehre die Vernachlässigung der Pflicht, zwecks ordnungsmässiger Verwaltung zusammenzuwirken, also das Ausserachtlassen der gemeinsamen Interessen[86], eine positive Vertragsverletzung dar, weshalb die Minderheit nur noch für die Widerrechtlichkeit, nicht aber für das Verschulden beweispflichtig ist[87,88]. Davon ist m.E. auch für das schweizerische Stockwerkeigentumsrecht auszugehen: Die Stockwerkeigentümer bilden nicht eine Körperschaft, sondern ein spezielles vertragliches Gemeinschaftsverhältnis im Sinne eines "Nebeneinanders", weshalb sich grundsätzlich – mit gewissen Ausnahmen[89] – die Anwendung der vertraglichen Haftungsgrundsätze aufdrängt[90].

Anderseits kann auch die Minderheit gegenüber der Mehrheit schadenersatzpflichtig werden, wenn sie z.B. mit ihrer Sperrminorität treuwidrig und leichtfertig das Zustandekommen wichtiger Beschlüsse verhindert und damit einen Schaden verursacht[91].

Um die, vor allem in der Schweiz, nicht ganz gesicherte Rechtslage zu klären, können die Stockwerkeigentümer die möglichen Schadenersatzansprüche zum vorneherein vertraglich regeln. Neben einer Konkretisierung der Voraussetzungen und Fälle, in denen eine Schadenersatzpflicht eintreten kann, ist insbesondere die Frage der allfälligen Notwendigkeit eines Verschuldensnachweises zu klären. Es ist jedoch auch möglich, in einer Vereinbarung eine Klausel vorzusehen, wonach die Mehrheit, welche die vom Verwalter empfohlenen Instandsetzungsarbeiten ablehnt, der überstimmten Minderheit für den daraus entstehenden Schaden haftet[92]. Die Ablehnung muss aber zumindest ein fahrlässiges Verhalten darstellen. Ein Mitverschulden der überstimmten Minderheit kann zudem darin liegen, dass die Massnahmen, zu denen sie allein berechtigt ist (ZGB 647 II 2; WEG 21 II), unterlassen oder einen ersichtlich anfechtbaren Beschluss akzeptiert hat.

84 Walter R. Schluep, Anfechtungsrecht und Schutz des Aktionärs, SJZ 1958, 214 f.
85 Schluep, 348; zu Recht hegt er jedoch wegen des Verschuldensnachweises hinsichtlich der praktischen Wirksamkeit des Rechtsbehelfes Bedenken (349).
86 BGH, 9.6.1954, BGHZ 14, 37 f; Staudinger/Ring, § 25, N 5.
87 Weitnauer/Wirths, § 10, N 8: Anwendbar ist BGB 276, weshalb die Haftung nicht wie im Gesellschaftsrecht auf die culpa in concreto abgeschwächt ist.
88 Nach ABGB 834 kann die überstimmte Minderheit, falls die Mehrheit wichtige Änderungen beschliesst, Sicherstellung für künftigen Schaden verlangen.
89 Etwa OR 109 (im Hinblick auf ZGB 650 I); vgl. auch Friedrich, Wiedereinführung, 242a.
90 Studer, 90.
91 Studer, 98 f.
92 Bopp, 148; kritisch Diester, Rechtspfleger 1965, 205, weil eine solche Bestimmung zu weitgehend und zu wenig zweckmässig sei.

5. Kap.

Der Ausschuss

§ 25 Die vertragliche Ausgestaltung der Rechtsstellung des Ausschusses

I Wesen und Zusammensetzung

Sowohl in der Schweiz wie in Deutschland ist die Bestellung eines Ausschusses (Verwaltungsbeirates) fakultativ[1]; im schweizerischen Stockwerkeigentumsrecht ist der Ausschuss nur im Rahmen der Kompetenzen der Versammlung genannt, wobei in dieser Zuständigkeitsbestimmung (ZGB 712m I 3) zugleich einige Aufgaben als Beispiele erwähnt sind, die dem Ausschuss übertragen werden können. Demgegenüber enthält WEG 29 eine etwas eingehendere subsidiäre Ordnung.

Die durch das Gesetz eingeräumte Befugnis zur Bestellung eines Ausschusses hat nur deklaratorische Bedeutung[2]; auf Grund der Tatsache, dass sowohl das schweizerische wie das deutsche Recht vom Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht sind, soweit nicht ausdrücklich zwingendes Recht vorliegt, können die Stockwerkeigentümer ohnehin weitere Organe aufstellen. So ist es z.B. durchaus sinnvoll, bei grösseren Gemeinschaften die Jahresrechnung von einer Treuhandstelle bzw. einem Wirtschafts- oder Buchprüfer kontrollieren zu lassen. Der Ausschuss muss auch nicht in der Gemeinschaftsordnung (Reglement) vorgesehen sein; fehlt eine Bestimmung, kann die Stockwerkeigentümergemeinschaft dennoch für eine bestimmte Zeit oder einen konkreten Fall einen Ausschuss wählen[3].

ZGB 712m I 3 nennt ausdrücklich "einen Ausschuss oder einen Abgeordneten", eine bestimmte Zahl ist somit nicht vorgesehen, die Zusammensetzung kann beliebig sein[4]. Demgegenüber besteht der Verwaltungsbeirat nach WEG 29 I aus einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern[5]. Die Vorschrift ist jedoch dispositiv; sie gilt nur subsidiär, wenn die Wohnungseigentümer keine andere Ordnung getroffen haben. Es kann somit auch ein Verwaltungsbeirat aus mehr als drei Personen oder nur ein Abgeordneter bestellt werden. Umstritten ist jedoch, ob es dazu einer Vereinbarung bedarf oder ob ein Mehrheitsbeschluss genügt: Aus der Tatsache, dass WEG 29 abdingbar ist, und weil es sich bei der Wahl des Verwaltungsbeirates nicht um eine Verfügung handelt, folgert das BayObLG[6], ein Mehrheitsbeschluss sei ausreichend; für Abweichungen vom Gesetz verlangt jedoch WEG 10 I a.E. ausdrücklich eine Vereinbarung, was auch für WEG 29 I gelten muss (zumal im Gegensatz zu Satz 2 in Satz 1 die Stimmenmehrheit genannt wird), weshalb es m.E. – vom Wesen der

1 Ausdrücklich in WEG 29 I: "... können ..."
2 Weitnauer/Wirths, § 29, N 1; ihm folgend Bärmann/Pick, § 29, N 2.
3 Friedrich, § 38, N 2.
4 Vgl. K. Müller, 75 f.
5 Zur Frage der Grösse und des Personenkreises des Verwaltungsbeirates auch Heinz Peters, Was soll und was darf der Verwaltungsbeirat in der Wohnungseigentümergemeinschaft?, in: Entwicklung und Reform des Wohnungseigentums, 54 f.
6 BayObLG, 3.5.1972, NJW 1972, 1377, ausführlicher zitiert bei Ullrich, 122 ff.

Sache her etwas unbefriedigend – eines einstimmigen Beschlusses bedarf[7]. Es ist deshalb sinnvoll, schon zu Beginn in der Gemeinschaftsordnung festzuhalten, dass der Verwaltungsbeirat nicht aus drei Personen zu bestehen brauche.

Nach ZGB 712m I 3 müssen die Mitglieder des Ausschusses nicht Stockwerkeigentümer sein; das Reglement kann dies, wegen der grösseren Verbundenheit, jedoch vorschreiben. Demgegenüber besteht der Verwaltungsbeirat nach WEG 29 I aus Wohnungseigentümern; wie bei der Zahl der Mitglieder handelt es sich um eine dispositive Vorschrift, wobei wiederum ein einstimmiger Beschluss zur Abänderung der gesetzlichen Ordnung erforderlich ist[8]. Als Mitglied des Ausschusses kann auch eine juristische Person gewählt werden. Hingegen ist das Amt des Verwalters unvereinbar mit der Anstellung als Ausschussmitglied[9].

Soweit das Stockwerkeigentumsrecht in der Schweiz keine Regelung enthält, ist das Vereinsrecht (ZGB 69 i.V.m. ZGB 712m II) entsprechend heranzuziehen. Der Ausschuss wird deshalb auch mit dem Vereinsvorstand verglichen, während der Verwalter der Stellung eines Direktors nahekommt[10].

II Bestellung und Abberufung

1. Die Bestellung des Ausschusses erfolgt in der Stockwerkeigentümerversammlung mit Mehrheitsbeschluss (ZGB 712m I 3; WEG 29 I); es bedarf also keiner qualifizierten Mehrheit oder gar der Einstimmigkeit der Stockwerkeigentümer, sondern es genügt die gewöhnliche Stimmenmehrheit. Eine vertragliche Erschwerung der Beschlussfassung ist aber zulässig[11].

Die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist in der Einsetzung eines Ausschusses frei; der einzelne Stockwerkeigentümer hat deshalb keinen Anspruch auf Bestellung eines Ausschusses. Ist dessen Schaffung hingegen in der Gemeinschaftsordnung oder im Reglement vorgesehen, hat sich die Versammlung daran zu halten; sie kann diese Vorschrift durch Mehrheitsbeschluss nicht einfach ausser Kraft setzen[12]. Ist anderseits in einer vorgedruckten Gemeinschaftsordnung die Bestimmung über die Bestellung eines Ausschusses gestrichen worden, so bedeutet dies nicht, dass ein solcher nicht bestellt werden kann, sondern lediglich, dass es bei der gesetzlichen Regelung verbleibt[13]; die Stockwerkeigentümer können aber einstimmig darauf verzichten, einen Ausschuss einzusetzen, soweit eine solche Bestimmung nicht rechtsmissbräuchlich ist[14].

7 So auch Bärmann/Pick, § 29, N 6 und Kurzkommentar, 136; Palandt/Bassenge, § 29, N 1a (noch wie das BayObLG Palandt/Degenhart in der 35. Aufl.); M. Schmid, BlGBW 1976, 61.
8 A.A. wiederum das BayObLG (Anm. 6).
9 Michaud, 92 f; Bärmann/Pick, § 29, N 12.
10 Liver, Marxer, 191. Der Vergleich ist jedoch nicht unproblematisch (vgl. Anm. 25).
11 Vgl. vorne § 17 III B 2 (entsprechende Geltung).
12 Vgl. Friedrich, § 38, N 2; Bärmann/Pick, § 29, N 5.
13 OLG Köln, 18.2.1972, Rechtspfleger 1972, 261 f; Weitnauer/Wirths, § 29, N 1.
14 Dies könnte dann der Fall sein, wenn sich der Bauherr selber zum Verwalter einsetzt und diesem zugleich sehr weite Befugnisse eingeräumt werden.

Sofern vertraglich ein Ausschuss bestellt werden muss, steht einer Mehrheit noch die Möglichkeit offen, durch Obstruktion (Nein-Stimmen, vorzeitiges Verlassen der Versammlung) jede mögliche Wahl zu verhindern. In einem solchen Fall kann zwar der einzelne Stockwerkeigentümer den Richter angehen, doch sind dessen Mittel diesbezüglich beschränkt: Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift kann er nicht von sich aus einen Ausschuss personell benennen; überdies erscheint es als sehr zweifelhaft, ob eine Verurteilung der Stockwerkeigentümer zur Mitwirkung an der Bestellung eines Ausschusses in Form eines Versammlungsbeschlusses durchsetzbar ist[15]; vielmehr wird die richterliche Aufforderung bei Nichtbeachtung nur zur Folge haben, dass die Betroffenen schadenersatzpflichtig werden können.

2. Eine bestimmte Amtsdauer des Ausschusses kennen weder das schweizerische noch das deutsche Recht; darüber hat somit die Gemeinschaftsordnung bzw. das Reglement zu befinden. Fehlt es daran, kann die Abberufung jederzeit ohne Angabe von Gründen durch Mehrheitsbeschluss in der Versammlung erfolgen[16]. Als sinnvolles vertragliches Minimum im Hinblick auf die Berichterstattung (ZGB 712m I 3; WEG 29 III) erscheint ein Jahr; als zwingend kann eine solche Mindestdauer aber nicht angesehen werden[17], denn es muss auch zulässig sein, einen Ausschuss für eine kürzere Periode oder nur für eine konkrete Aufgabe zu bestellen. Liegt eine solche vertragliche Regelung vor (Bestimmung einer Frist, eines Endtermins oder Erfüllung einer Aufgabe), ist eine vorzeitige Abberufung nur aus wichtigem Grund möglich (sonst erwachsen der Gemeinschaft Schadenersatzpflichten). Die Maximaldauer einer vertraglichen Anstellung ergibt sich nicht aus dem Gesetz; als Richtlinien können m.E. die Höchstwerte für die Bestellung des Verwalters (OR 336d: 10 Jahre; WEG 26 I: 5 Jahre) dienen, indem – allgemein – die Stockwerkeigentümer durch eine langjährige Bindung an einen Ausschuss in ihren Rechten nicht übermässig eingeschränkt werden dürfen[18]. Ohnehin vorbehalten bleibt das Abberufungsrecht aus einem wichtigen Grund.

3. Beim Rechtsverhältnis zwischen der Stockwerkeigentümergemeinschaft und einem Ausschussmitglied handelt es sich – wohl durchgehend – um einen Auftrag; ein Arbeitsvertrag dürfte kaum je in Frage kommen, weil es am notwendigen Subordinationsverhältnis fehlen würde; es gelten dabei die gleichen Erwägungen wie beim Rechtsverhältnis mit dem Verwalter[19].

4. Über die innere Organisation des Ausschusses (Verwaltungsbeirates) enthalten das ZGB und das WEG keine Regeln; solche können jedoch die Stockwerkeigentümer selber aufstellen oder die Kompetenz dazu dem Ausschuss überlassen. Fragen, die allenfalls einer Entscheidung bedürfen, sind etwa das Stimmrecht (evtl. Mehrfachstimmrecht), die Teilnahme an den Verhandlungen (sind Stockwerkeigentümer oder gar Dritte, die nicht dem Ausschuss angehören, zuzulassen?), die Einberufung und Beschlussfähigkeit, die Beratungen, die Beschlussfassung (Mehrheitsvorschriften, Möglichkeit von Zirkulationsbeschlüssen) und die Anfechtung von Entschei-

15 Gl.M. Bärmann/Pick, § 29, N 5.
16 Bärmann/Pick, § 29, N 5.
17 A.A. wohl Michaud, 91.
18 Ausführlich auseinandergesetzt mit den Gefahren und Grenzen der unbeschränkten zeitlichen Bestellung des Verwalters hat sich die deutsche Literatur vor der Novellierung von 1973: vgl. Karstädt, MDR 1967, 366; Pfeuffer, NJW 1970, 2033; Diester, NJW 1971, 1153.
19 Eingehend dazu hinten § 27 II A.

dungen. Fehlt es an Bestimmungen, muss auf andere Gemeinschaftsformen, insbesondere das Vereinsrecht, zurückgegriffen werden.

III Aufgaben und Befugnisse

Die Umschreibung der Aufgaben und Befugnisse des Ausschusses obliegt den Stockwerkeigentümern; das Gesetz gibt lediglich Beispiele, wie die Aufgabenverteilung vorgenommen werden könnte, doch wird die Normdichte in den meisten Fällen für die Stockwerkeigentümergemeinschaften nicht ausreichend sein, weshalb in der Gemeinschaftsordnung bzw. dem Reglement nähere Ausführungen zu machen sind.

- Die Umschreibung der Befugnisse des Ausschusses findet allgemein dort ihre Grenzen, wo gewisse Aufgaben zwingend in die Kompetenz der Stockwerkeigentümerversammlung oder des Verwalters fallen[20].
- In grossen Gemeinschaften kann innerhalb des Ausschusses eine Aufgabendifferenzierung vorgenommen werden: So ist es möglich, bestimmte Aufgaben an Sonderausschüsse zu delegieren.

Die Stockwerkeigentümergemeinschaft hat die Möglichkeit, dem Ausschuss grundsätzlich drei verschiedene Aufgabenbereiche zuzuweisen[21]:

1. Der Ausschuss kann im wesentlichen beratende, vorbereitende und überwachende Funktion haben; davon gehen auch die Gesetzestexte aus[22]. So betrachtet hat der Ausschuss vor allem "unterstützende Funktion"[23], indem er dem Verwalter bei der Durchführung seiner Arbeiten (Geschäftsführung, finanzielle Planung)[24] zur Seite steht und zuhanden der Stockwerkeigentümerversammlung die Jahresabrechnung und den Kostenvoranschlag prüft sowie mit einer eigenen Stellungnahme versieht (Vorprüfung)[25]. Gegenüber den Stockwerkeigentümern kann der Ausschuss insoweit eine unterstützende Funktion haben, als sich seine Verpflichtung vorsehen lässt, Vorbereitungen für die Bestellung und Abberufung des Verwalters zu treffen.

Diese Aufgaben bringen die Befugnis des Ausschusses mit sich, den Verwalter zu überwachen: Er muss jederzeit (nur nicht zur Unzeit) Auskunft und Aufschluss geben sowie allenfalls Bericht erstatten. Überdies steht dem Ausschuss das Recht zu, in die Bücher und Schriften des Verwalters einzusehen. Dabei handelt es sich aber um ein Recht, nicht eine Pflicht, soweit nicht ein diesbezüglicher gesonderter Auf-

20 Vorne § 20 IV.

21 Vgl. Friedrich, § 38, N 6 ff; M. Schmid, BlGBW 1976, 62; ein eingehender Überblick über mögliche Aufgaben des Verwaltungsbeirates findet sich bei Peters (Anm. 5), 56 ff.

22 ZGB 712m I 3; WEG 29 II und III; ebenso Friedrich in seinem Reglement, § 38.

23 K. Müller, 75; M. Schmid, 62; vgl. auch Peters (Anm. 5), 56 f.

24 Michaud, 95.

25 Die Aufgaben sind also sehr spezieller Natur; es ist deshalb nicht ungefährlich, den Ausschuss mit parallelen Organen vergleichen zu wollen, z.B. mit dem Vereinsvorstand (Liver, Marxer, 191) oder mit der Kontrollstelle einer Handelsgesellschaft (Friedrich, § 38, N 6); ebenso ist es unrichtig, den Ausschuss als "organe de contrôle" (Michaud, 23, 89 ff) zu bezeichnen.

trag an den Ausschuss vorliegt: Der Ausschuss ist also nicht verpflichtet (nur berechtigt), die laufende Tätigkeit des Verwalters zu überwachen[26]. Die blosse "Unterstützung" hat nämlich für den Ausschuss noch nicht die Begründung eigentlicher Verwaltungspflichten zur Folge; soll er eine rechtserhebliche Kontrolle durchführen, muss dies vertraglich genauer konkretisiert werden. Der Ausschuss ist auch nicht verpflichtet, den Stockwerkeigentümern über die Obliegenheiten des Verwalters im einzelnen Auskunft zu geben, sondern der Präsident des Ausschusses ist ihnen als Auftraggebern nur in seiner Funktion als Repräsentant eines Gremiums auskunftspflichtig (OR 400 I; BGB 662, 666); wann, gegenüber wem und in welcher Form Auskunft zu geben ist, bestimmt sich somit nach dem Gegenstand der geschuldeten Auskunft sowie nach Treu und Glauben[27].

Besondere Aufgaben, die das Reglement bzw. die Gemeinschaftsordnung dem Ausschuss oder seinem Präsidenten einräumen können, sind etwa:

- die Bestimmung zum Stellvertreter des Verwalters bei dessen Verhinderung, bei einer Interessenkollision usw.[28];
- die Befugnis, eine ausserordentliche Stockwerkeigentümerversammlung einzuberufen[29];
- das Recht zur Antragstellung und Mitwirkung bei der Ausarbeitung der Traktandenliste[30];
- die Bestellung zum Vorsitzenden der Versammlung[31].

2. Sowohl nach schweizerischem wie nach dem deutschen Recht hat der Ausschuss, vorbehältlich einer anderslautenden Regelung im Reglement (in der Schweiz handelt es sich um einen Beschluss) bzw. in der Gemeinschaftsordnung (in Deutschland ist eine Vereinbarung nötig), keine Entscheidungskompetenzen. Er ist deshalb nicht Vertreter der Gemeinschaft, auch nicht bei Geschäften mit dem Verwalter[32]; es fehlt ihm die Befugnis, einen Verwalter zu bestellen, und insbesondere das Recht, den Vertrag mit dem Verwalter zu kündigen[33].

Die Stockwerkeigentümer können jedoch dem Ausschuss bzw. Abgeordneten Entscheidungskompetenzen durch Beschluss (Schweiz) bzw. Vereinbarung (Deutschland) einräumen. Ob dies sinnvoll ist, hängt von den konkreten Verhältnissen in den einzelnen Gemeinschaften ab. Unangebracht ist m.E. eine grundsätzliche Skepsis gegenüber jeglicher Kompetenzverleihung an den Ausschuss[34], auch wenn deren Bereich in der Praxis kaum sehr gross sein dürfte; es kann nämlich durchaus Fälle geben, in denen eine Entscheidungsmacht des Ausschusses sinnvoll ist, v.a. in grösseren Gemeinschaften. Aufgaben, die sich ihm zur selbständigen Erledigung auftragen lassen, sind etwa:

26 BayObLG, 3.5.1972, NJW 1972, 1378 und dort zitierte Literatur.
27 Eingehend BayObLG, 3.5.1972, NJW 1972, 1378.
28 Friedrich, § 41, Abs. 1; Michaud, 96.
29 WEG 24 III; Friedrich, § 30, Abs. 4 und § 38, N 9; vgl. eingehend vorne § 22 I A 3.
30 Michaud, 95 f.
31 Vorne § 22 III.
32 Bärmann/Pick, § 29, N 22.
33 BayObLG, 9.2.1965, NJW 1965, 821; Weitnauer/Wirths, § 29, N 2; Bärmann/Pick, § 29, N 25.
34 In diesem Sinne wohl zu Unrecht Friedrich, ZBGR 1973, 150 und M. Schmid, BlGBW 1976, 62.

- Vorauswahl des Verwalters (Einschränkung der Zahl möglicher Bewerber);
- Gestaltung der Vertragsverhandlungen mit dem Verwalter (innerhalb des von der Versammlung gesteckten Rahmens);
- Aufstellung der Hausordnung;
- Zuständigkeit zur Auftragsvergebung mit einer höheren Kompetenzsumme als der Verwalter u.a.

Stehen dem Ausschuss Entscheidungsbefugnisse zu, erweist sich aber eine klare Aufgabenabgrenzung gegenüber den Funktionsbereichen der Stockwerkeigentümerversammlung und des Verwalters als notwendig, um Zuständigkeitsstreitigkeiten zu vermeiden. Selbstverständlich ist ohnehin, dass die zwingenden Kompetenzen der einzelnen Stockwerkeigentümer (die sich aus ihrer Mitgliederstellung ergeben) und des Verwalters[35] nicht tangiert werden dürfen.

Wenn der Ausschuss Entscheidungsbefugnisse hat, muss m.E. davon ausgegangen werden, dass in grösseren Gemeinschaften jeder Interessengruppe (z.B. jedem Wohnblock) der Anspruch auf einen Vertreter im Ausschuss zusteht[36].

3. Dem Ausschuss lässt sich schliesslich die Funktion eines Vermittlungsorgans bei Streitigkeiten unter Stockwerkeigentümern übertragen[37], weil seine Unabhängigkeit meist grösser ist als diejenige des Verwalters. Sein Entscheidungsbereich ist aber auf Bagatell-Angelegenheiten beschränkt (z.B. Benützung gemeinschaftlicher Teile) und er vermag über Ansprüche, die der einzelne beim Richter durchsetzen kann, nicht endgültig zu entscheiden[38].

35 Hinten § 28 II.
36 Entsprechend der Minderheitenschutzregelung im Aktienrecht (OR 708 IV).
37 K. Müller, 75 mit Verweisen auf die ausländische Literatur; Friedrich, § 38, N 10.
38 Gerichtliche Schritte können durch die Ausgestaltung eines internen Streitverfahrens nicht ausgeschlossen werden, sondern bleiben vorbehalten.

6. Kap.

Der Verwalter

§ 26 Bedeutung und Person des Verwalters

I Die Bedeutung des Verwalters für die Stockwerkeigentümergemeinschaft

Angesichts der Tatsache, dass die gemeinschaftlichen Teile wirtschaftlich häufig bedeutungsvoller sind als die zu Sonderrecht ausgeschiedenen Räume, ergibt sich die unabdingbare Notwendigkeit, diese bestmöglich zu verwalten, instandzuhalten und bei Beschädigung wieder instandzusetzen. Ebenso muss die Benutzung des Gebäudes durch die Stockwerkeigentümer optimal geordnet sein, damit Konflikte vermieden werden.

Das Funktionieren der Verwaltung[1] hängt deshalb im wesentlichen von zwei Faktoren ab:

- wohlüberlegte Verwaltungsordnung,
- geeignete Persönlichkeit des Verwalters.

Dass der Verwalter eine zentrale Stellung einnimmt, in vielen Fällen unentbehrlich und massgebend ist und einen wesentlichen Einfluss auf die Funktionsfähigkeit der Stockwerkeigentümergemeinschaft ausübt, wird in der Literatur allgemein betont[2]. Man kann deshalb durchaus sagen, von der Person des Verwalters hänge das Gedeihen der Gemeinschaft weitgehend ab[3,4].

Vor allem in grösseren Gemeinschaften werden an den Verwalter recht vielseitige Anforderungen[5] gestellt: Er ist nicht nur ausführendes Organ, das die Versammlungsbeschlüsse in die Wirklichkeit umsetzt, sondern er muss auch in wirtschaftlich-finanzieller Hinsicht über einiges Können verfügen und psychologisches Geschick haben. Von der Sachkunde, Erfahrenheit, Umsicht und Zuverlässigkeit des Verwalters hängt es ab, inwieweit ein befriedigendes Gemeinschaftsverhältnis besteht[6]. Der

1 Zum Begriff der Verwaltung vgl. vorne § 16 I.

2 BBl 1962 II 1492, 1520; Friedrich, § 39, N 1; K. Müller, 77 ff; Mathys, 273; Liver, Marxer, 190 und SPR V/1, 102; Peter-Ruetschi, 43; Bärmann/Pick, § 26, N 1; Weitnauer/Wirths, § 20, N 2.

3 Der welsche Berichterstatter im Nationalrat (Galli) sprach von einem "deus ex machina" (StenBull NR 1963, 226); vgl. auch Hanns Seuss, Die Teilungserklärung als entscheidendes Kriterium für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, in: Entwicklung und Reform des Wohnungseigentums, 9.

4 Auch in der Fachdiskussion führt die Stellung des Verwalters zu heftigen Kontroversen: vgl. Tina Peter-Ruetschi, Beanstandungen des Verwalters seitens der Stockwerkeigentümer, Stockwerkeigentum 1974/3, 49 ff und die folgenden Entgegnungen: G. Schneider, Betrachtungen zur Stellung des Verwalters (Stockwerkeigentum 1974/4, 69 f); R. Looser, Der Verwalter hat das Wort (Stockwerkeigentum 1974/4, 71 ff); A. Hari, Der Verwalter hat das Wort (Stockwerkeigentum 1975/1, 11 ff).

5 Vgl. K. Müller, 79.

6 BBl 1962 II 1520; Friedrich, § 39, N 1.

Verwalter wird deshalb auch mit dem Direktor eines Vereins, nicht mit dem Vorstand verglichen[7].

An einer guten Verwaltung sind nicht nur die Stockwerkeigentümer selber, sondern ebenso Dritte, insbesondere Gläubiger (Einzel- und Gesamtgläubiger), interessiert. Es stehen ihnen auch insoweit bestimmte Rechte zu, als sie bei Vorliegen eines berechtigten Interesses die Bestellung eines Verwalters durch den Richter beantragen können (ZGB 712q II; WEG 26 III)[8].

Anderseits dürfen gewisse Gefahren und Risiken bei der Verwalterbestellung nicht übersehen werden: Wenn sich der Bauträger selber zum Verwalter einsetzt und sich übertriebene Verwalterrechte einräumt, wird die Rechtsstellung der Stockwerkeigentümer unter Umständen empfindlich eingeschränkt. Es ist deshalb notwendig, dass der Verwalter innert vernünftiger Frist abberufen werden kann und dass seine Kompetenzen klar umschrieben sind. Unter diesen Voraussetzungen wird sich auch der Verwalter selbst befleissigen, nicht eine Vermietermentalität an den Tag zu legen[9].

II Der Zwang zur Bestellung eines Verwalters

1. Das schweizerische Recht verlangt nicht zwingend, dass die Stockwerkeigentümergemeinschaft einen Verwalter bestellt. Damit ist bewusst eine flexible Rechtslage angestrebt worden[10]: Es soll den Stockwerkeigentümern selber überlassen sein, zu entscheiden, ob sie zur Verwaltung ihrer Liegenschaft eines speziell geschaffenen Verwalteramtes bedürfen oder ob sie die eigene – punktuelle – Tätigkeit als ausreichend erachten. Die Gemeinschaft hat deshalb kein Einschreiten von Amtes wegen zu befürchten, wenn sie keinen Verwalter bestellt. Sofern die Stockwerkeigentümer sich ohne einen solchen behelfen und alles gutgeht, besteht auch kein Grund zum Eingreifen.

Hingegen hat jeder einzelne den unentziehbaren Anspruch, vom Richter die Einsetzung eines Verwalters zu verlangen, wenn die Bestellung durch die Versammlung nicht zustande gekommen ist[11]. Ein Nachweis bestimmter Gründe dafür ist nicht nötig[12], das einfache Begehren genügt. Auf dieses Recht kann durch Vereinbarung nicht verzichtet werden[13].

7 Liver, Marxer, 191.
8 Eingehender hinten § 27 I C.
9 Die Problematik der Verwalterrechte kam insbesondere bei der Revision des WEG im Jahre 1973 zur Sprache, als es darum ging, die Möglichkeit übermässig langer Verwalterverträge einzuschränken (vgl. hinten § 27 I B 2 und 3); schon früher dazu auch Karstädt, BlGBW 1962, 299–301, 311 ff.
10 BBl 1962 II 1493 f.
11 Vgl. auch vorne § 27 I C 1.
12 Ein Dritter muss ein berechtigtes Interesse nachweisen (ZGB 712q II; WEG 26 III).
13 BBl 1962 II 1493; Friedrich, § 39, N 3; K. Müller, 52, 112; Liver, SPR V/1, 102 f; Michaud, 22, 59; Hauger, 250 f.

In der Praxis kommt jedoch eine Stockwerkeigentümergemeinschaft selten ohne die Bestellung eines Verwalters aus[14]; vor allem bei einer grösseren Zahl von Stockwerkeigentümern wird der administrative Aufwand kaum ohne einen Verwalter zu bewältigen sein. Auch der schweizerische Gesetzgeber ist offenbar von dieser Annahme ausgegangen: "In der Gemeinschaft einer grösseren Zahl von Stockwerkeigentümern ist es unumgänglich, dass die Ausführung der Beschlüsse der Eigentümerversammlung sowie die Aufsicht, Kontrolle und Vertretung nach aussen einem Vertrauensmann übertragen wird"[15]. Aber auch in kleineren Gemeinschaften ist es sinnvoll, wenn jemand da ist, um zum Rechten zu sehen, und dafür verantwortlich ist.

2. WEG 20 II bestimmt, dass die Bestellung des Verwalters vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann; es darf also nicht von vorneherein durch Vereinbarung auf die Bestellung verzichtet werden (insoweit ist die Gestaltungsfreiheit der Wohnungseigentümer eingeschränkt). Deshalb wird der Verwalter nach völlig herrschender deutscher Lehre als unabdingbares Organ bezeichnet. Dennoch kann auch in Deutschland die Bestellung unterbleiben, ohne dass deswegen eine Amtsstelle eingreifen würde. Der Unterschied zur schweizerischen Regelung ist also minim[16]. Insbesondere kann m.E. auf Grund von WEG 20 II kaum von einer Pflicht zur Bestellung eines Verwalters gesprochen werden[17]. Falls die Wohnungseigentümer darüber einig sind (was in kleineren Gemeinschaften sinnvoll sein kann), einen Verwalter nicht zu bestellen, sondern die anfallenden Aufgaben selbst zu erledigen, wird WEG 20 II de facto ausser Kraft gesetzt. Dazu bedarf es im übrigen nicht einer Vereinbarung[18], sondern ein einfacher Mehrheitsbeschluss kann dahin lauten, dass von der Aufstellung eines Verwalters zunächst abgesehen wird (nicht aber dahin, dass die Bestellung überhaupt ausgeschlossen sein soll)[19]. Die sog. Unabdingbarkeit der Verwalterbestellung ist also insoweit nur relativ, als von Amtes wegen nichts unternommen wird, wenn die Bestellung tatsächlich unterbleibt und sich kein

14 Die nach aussen erfassbaren (z.B. mit einem Interessen-Verein in Verbindung stehenden) Stockwerkeigentümergemeinschaften haben – gemäss den eigenen Feststellungen – alle einen Verwalter eingesetzt. Das Gegenteil dürfte wohl nur bei Zweimann-Gemeinschaften oder unter Erben, die ein gemeinschaftliches Haus in Stockwerkeinheiten aufteilen, vorkommen.

15 BBl 1962 II 1492.

16 In der Schweiz ist eine Vereinbarung, auf die Bestellung eines Verwalters zu verzichten, an sich zulässig, wobei sie den einzelnen nicht des Anspruches beraubt, beim Richter ein Begehren um Einsetzung eines Verwalters zu stellen. Demgegenüber ist in Deutschland schon der generelle Verzicht nichtig (BGB 134). Praktisch können sich dabei wohl nur Unterschiede hinsichtlich der Schadenersatzpflicht bei Nichtbestellung ergeben (dazu nachfolgend Anm. 23).

17 Der Begriff "Pflicht" wird von Bärmann/Pick (§ 20, N 25) unmittelbar nach dessen Gebrauch gleich korrigiert: "..., richtiger gesagt, die Bestellung kann nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden".

18 Merle, Bestellung, 22 spricht zu Unrecht von allen Wohnungseigentümern; die Bestellung des Verwalters kann aber auch unterbleiben, wenn die überstimmte Minderheit sich mit dem Entscheid zufriedengibt und nicht den Richter anruft.

19 Bärmann/Pick, § 26, N 41.

Wohnungseigentümer oder aussenstehender interessierter Dritter[20] findet, der einen entsprechenden Antrag beim Gericht einbringt; insbesondere kann das Grundbuchamt die Eintragung nicht von der Bestellung eines Verwalters abhängig machen.

Auch im Innenverhältnis (Wohnungseigentümer untereinander) braucht ein Verwalter konkret nicht bestellt zu sein[21]. Zwar dürfte das Vorhandensein eines Verwalters (WEG 20 II) zur ordnungsmässigen Verwaltung gehören (WEG 21 IV)[22]; der entsprechende Antrag lässt sich deshalb vor Gericht geltend machen; die Wohnungseigentümer können einen solchen aber auch unterlassen. Dieser Verzicht auf die Verwalterbestellung kann zwar zu Schadenersatzansprüchen führen, weil sie wegen deren Unabdingbarkeit meist pflichtwidrig sein wird[23]; diese entfallen aber dann oder werden reduziert, wenn der Betroffene auch gegen eine Verwalterbestellung gestimmt hat oder die unerlässlichen Massnahmen nach dem ihn überstimmenden Versammlungsbeschluss (Begehren an den Richter) unterlassen hat.

III Die Person des Verwalters

A Personeneinheit und Personenmehrheit

1. Sowohl nach schweizerischer[24] wie nach deutscher[25] Lehre ist unbestritten, dass eine natürliche oder eine juristische Person zum Verwalter bestellt werden kann; die letztere ist jeweilen vertreten durch eine oder mehrere zeichnungsberechtigte natürliche Personen. Als Verwalter kommen aber auch Personengesellschaften, insbesondere Verwaltungs- und Vermietungsgesellschaften, in Frage[26]; bei neu errichteten Gebäuden wird sich häufig die Baugesellschaft, die Bauträger war und die Finanzierung besorgt hat (v.a. wenn sie die Haftung für Darlehen übernommen hat), in der Gemeinschaftsordnung als Verwalterin einsetzen lassen. Einerseits ist eine solche Lösung zweckmässig, weil diese meist den besten Überblick hat (z.B. Reklamationen gegenüber Handwerkern)[27], anderseits besteht die Gefahr, dass Gewährleistungsansprüche vertuscht werden, die sie selber angehen. Ob sich eine Gesellschaft als Verwalterin eignet, hängt nicht von der juristischen Persönlichkeit, sondern von der internen Organisation und der personellen Zusammensetzung ab[28].

Es ist auch möglich, dass sich zwei oder mehrere Personen in die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben teilen (OR 403); bei einer solchen vertraglichen Ausgestaltung

20 Ein abberufener Verwalter (Nicht-Wohnungseigentümer), dem kein neuer mehr folgt, hat z.B. das Antragsrecht nur, wenn er ein berechtigtes Interesse nachweist (Staudinger/Ring, § 20, N 5).
21 Bärmann/Pick, § 20, N 27; zu zurückhaltend Merle, Bestellung, 22.
22 Weitnauer/Wirths, § 20, N 4 und § 26, N 4a; Merle, Bestellung, 22.
23 Vgl. dazu Merle, Bestellung, 22; zu wenig differenziert Bärmann/Pick, § 20, N 27 und § 26, N 48 sowie Soergel/Baur, § 20, N 3.
24 Michaud, 67 f und dort zitierte Literatur.
25 KG, 16.8.1956, NJW 1956, 1679 (mit eingehender Begründung und weiteren Literaturhinweisen).
26 Bärmann/Pick, § 26, N 9; Röll, Teilungserklärung, 33.
27 Röll, Teilungserklärung, 33.
28 K. Müller, 111.

sind jedoch die Aufgabenverteilung im Innern und die Vertretungsmacht nach aussen klar zu regeln. Ohne spezielle Abmachung haben mehrere so bestimmte (auftragsrechtliche) Verwalter gemeinsam zu handeln und Willenserklärungen kollektiv abzugeben[29]; daraus erhellt, dass dieses Vorgehen häufig eher umständlich ist.

2. Der Verwalter kann ein aussenstehender Dritter, aber auch ein Stockwerkeigentümer sein. Unter Umständen mag dadurch zwar eine Interessenkollision entstehen; die fast einhellige schweizerische[30] und deutsche[31] Lehre geht jedoch davon aus, dass diese nicht erheblich genug ist, um den Ausschluss der Stockwerkeigentümer vom Verwalteramt zu rechtfertigen. Die Grundsätze der Objektivität und Neutralität sprechen zwar eher für eine unbeteiligte Person; zudem stellt die Verwaltung in grösseren Gemeinschaften oft erhebliche Anforderungen, welche die Sachkunde der Stockwerkeigentümer übersteigen (umfangreichere und schwierigere Aufgaben als bei der Mietverwaltung, weil es sich um Eigentümer, nicht um obligatorisch Berechtigte handelt). Anderseits ist es in kleineren Gemeinschaften den Stockwerkeigentümern kaum zumutbar, einen fremden Verwalter anzustellen (und zu bezahlen); auch ist ein Gemeinschafter, der im Hause wohnt, besser mit den örtlichen Verhältnissen vertraut[32]. Die Selbstorganschaft erscheint deshalb als zulässig.

Um nicht einem Stockwerkeigentümer eine allzustarke Machtstellung einzuräumen, können auch mehrere gemeinsam als Verwalter bestimmt werden (OR 403). Ebenso ist es möglich, bei entsprechenden Wünschen einen turnusmässigen Wechsel unter den Stockwerkeigentümern festzulegen. Zur Übernahme des Verwalteramtes kann aber kein Stockwerkeigentümer gegen seinen Willen verpflichtet werden; seine Mitverwaltungspflicht, wie sie sich aus der Stellung als Gemeinschaftsmitglied ergibt, nimmt nicht einen solchen Umfang an.

Dagegen geht die herrschende deutsche Lehre[33] davon aus, dass nicht alle Stockwerkeigentümer gemeinsam zum Verwalter bestellt werden können, weil die Gesamtheit aller und der Verwalter verschiedene Organe sein müssten; ebenso werden "grösste dogmatische Bedenken"[34] dagegen geltend gemacht, dass alle Stockwerkeigentümer in Form einer einfachen Gesellschaft bzw. Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (OR 530 ff; BGB 705 ff) als Verwalter auftreten. Diese Anschauung wirkt wenig überzeugend[35]: Fehlt ein bestellter Verwalter, handeln ohnehin die Stockwerkeigentümer gemeinsam, wobei die Mehrheit auch die Minderheit vertritt, soweit nicht Einstimmigkeit verlangt ist. Wird eine einfache Gesellschaft gegründet (ausdrücklich oder stillschweigend), besteht ein besonderes Verwaltungsorgan, dessen gemeinsamer Zweck die Durchführung der Verwaltung ist. Die Geschäftsführung

29 K. Müller, 109; Michaud, 68.
30 Friedrich, § 39, N 9; vgl. auch die Ausführungen des Bundesgerichts (24.9.1964; BGE 90 II 386 f) zum Amt des Willensvollstreckers, der sich in einer ähnlichen Interessenlage befindet.
31 Eingehend Merle, Bestellung, 72 f; Bärmann/Pick, § 26, N 20; Weitnauer/Wirths, § 26, N 2; Soergel/Baur, § 26, N 3; Staudinger/Ring, § 26, N 2; Kürzel, 25; a.A. nur Gerhard Hubernagel, Wohnungseigentumsgesetz, Stuttgart 1952, § 26, N 1a.
32 Zu den Vor- und Nachteilen eines Stockwerkeigentümers als Verwalter auch K. Müller, 79 mit Verweisen auf die französische und italienische Lehre (Anm. 12).
33 Bärmann/Pick, § 26, N 20; Weitnauer/Wirths, § 26, N 2; Soergel/Baur, § 26, N 3.
34 Bärmann/Pick, § 26, N 21.
35 So auch Merle, Bestellung, 73 f.

obliegt dabei allen Gesellschaftern gemeinsam (OR 535; BGB 709, 714); ein solches Verwaltungsgremium ist zwar wenig effizient, aber dennoch zulässig; immerhin lassen sich im Hinblick auf eine grössere Flexibilität Einzelgeschäftsführungs- und -vertretungsbefugnisse vorsehen.

B Anforderungen an den Verwalter

Sowohl das schweizerische wie das deutsche Recht sehen keine weiteren subjektiven Voraussetzungen zur Verwalterbestellung vor als die Handlungsfähigkeit[36]; er muss im weitern nur eine gut erreichbare Adresse haben, weil sich bei ihm das Zustellungsdomizil der Gemeinschaft befindet (ZGB 712t III; WEG 27 II 3). Dagegen braucht der Verwalter keine natürliche Person zu sein, noch hat er der Stockwerkeigentümergemeinschaft oder einem anderen Personenverband anzugehören.

Beide Rechtsordnungen verlangen auch nicht einen speziellen Befähigungsausweis und keine besondere Vorbildung für das Amt des Verwalters[37]. Es ist Sache der Beteiligten, sich vor der Wahl zu vergewissern, dass die konkreten Anforderungen, die an das Amt gestellt werden, vom betreffenden, in Aussicht genommenen Anwärter erfüllt werden[38]. Wenn z.B. die Regelung der finanziellen Angelegenheiten kompliziert ist, wird man vom Verwalter buchhalterische Fähigkeiten verlangen müssen. Allgemein erfordert die Ausübung seiner Tätigkeit eine bestimmte autoritäre Stellung: Der Verwalter muss nicht nur seine ganze Persönlichkeit einsetzen, um das Wohnen im Haus für alle so angenehm wie möglich zu machen, das gegenseitige Verständnis zu fördern und kleinere Streitigkeiten unter den Stockwerkeigentümern zu schlichten, sondern er hat sich auch gegen den Willen einzelner zur Wahrung der gemeinsamen Interessen durchzusetzen, ihnen Aufforderungen und Weisungen zukommen zu lassen und nötigenfalls zweckmässige Sanktionen zu ergreifen[39].

36 K. Müller, 110; Michaud, 67; Weitnauer/Wirths, § 26, N 2; Hauger, 257.

37 Bärmann/Pick, § 26, N 9; Merle, Bestellung, 72; Schwarz, 62; Kürzel, 25. Im Zusammenhang mit der Revision des WEG von 1973 haben das deutsche Volksheimstättenwerk und Diester die Einführung einer Art von Konzessionspflicht für die Verwalter von Grossüberbauungen angeregt (Diester, Rechtspfleger 1972, 202); der Vorschlag ist aber nicht aufgenommen worden. In der nun bevorstehenden Novellierung ist diese Frage gar nicht mehr zur Diskussion gestanden. Der Gedanke sollte aber m.E. nicht ganz aus den Augen verloren werden: Angesichts der erheblichen wirtschaftlichen Werte, über welche die Verwaltung sich erstreckt, wäre es angebracht, die Buchführungsvorschriften zu konkretisieren oder Auswahl- bzw. Überwachungskriterien vorzusehen.

38 Friedrich, § 39, N 9.

39 K. Müller, 78, 95.

§ 27 Begründung, Bestand und Beendigung des Rechtsverhältnisses mit dem Verwalter

I Begründung des Verwalterverhältnisses

Die Bestellung des Verwalters setzt das Zustandekommen eines Bestellungsbeschlusses und auf Grund dessen den Abschluss eines Verwaltervertrages voraus.

A Bestellung: einheitlicher oder zweiteiliger Rechtsakt?

1. Die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist keine juristische Person; dennoch ist sie im Innenverhältnis weitgehend körperschaftlich ausgestaltet[1]. Dementsprechend kommt die Bestellung des Verwalters – wie bei den Körperschaften – durch Beschlussfassung in der Versammlung der Gemeinschafter zustande, denn der Beschluss ist ein Mittel der gemeinschaftlichen Willensbildung (ZGB 712m I 2; WEG 26 I).

Der Beschluss zur Bestellung des Verwalters stellt aber nur einen Teil der für den Abschluss des Rechtsgeschäftes mit dem Verwalter erforderlichen Willenseinigung dar[2]; auch der Verwalter muss zustimmen, denn der Verwaltervertrag ist ein echt zweiseitiger Vertrag mit gegenseitigen Rechten und Pflichten. In der Lehre ist nun umstritten, ob es sich bei der Bestellung und dem Zustandekommen des Verwaltervertrages um einen einheitlichen oder einen zweiteiligen Rechtsakt handle.

2. Die deutsche Lehre unterscheidet – wie allgemein im Körperschaftsrecht – zwischen dem konstitutiven Bestellungsakt, durch den die Rechte und Pflichten des Verwalters gemäss WEG 27 I und II entstehen sollen, und einem daneben abzuschliessenden schuldrechtlichen Verwaltervertrag (Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag), durch den weitere Rechte und Pflichten begründet werden können und der das Innenverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Verwalter regeln soll[3].

In der Schweiz wird demgegenüber die Auflösung des Wahlaktes in zwei Rechtsgeschäfte allgemein abgelehnt[4], und zwar im wesentlichen mit der Begründung, dass die beiden Rechtsgeschäfte je alleine nicht existenzfähig seien. Die schweizerische Lehre geht deshalb davon aus, dass ein einheitliches Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Verwalter vorliegt; weil jedoch eine restlose Subsumtion

1 Überblick bei Weber, SJZ 1979, 117 ff.

2 K. Müller, 114; Mathys, 274.

3 Vgl. Werner Merle/Günther Trautmann, Zur Verfahrenszuständigkeit in Wohnungseigentumssachen, NJW 1973, 118; Bärmann/Pick, § 26, N 31 und 65; Weitnauer/Wirths, § 26, N 3; Soergel/Baur, § 26, N 4; Palandt/Bassenge, § 26, N 1; Staudinger/Ring, § 26, N 4 (nicht eindeutig); Erman/Westermann, § 26, N 2; in diesem Sinne auch die deutsche Rechtsprechung: vgl. die Entscheide des BayObLG vom 29.8.1958 (NJW 1958, 1824 mit zust. Anm. Bärmann, NJW 1959, 1277), 25.7.1974 (NJW 1974, 2136) und 9.2.1965 (NJW 1965, 821 f); vgl. auch Merle, Bestellung, 16 ff sowie Bürgi, Art. 708, N 7.

4 Literaturüberblick bei Bürgi, Art. 708, N 8; in diese Richtung gehen wohl auch Merle/Trautmann (Anm. 3), 119.

unter einen Vertragstyp des OR nicht möglich ist, wird ein contractus sui generis angenommen[5].

M.E. wirkt sowohl die Konstruktion der Einheits- wie der Trennungstheorie[6] pandektistisch gekünstelt. In der praktischen Auswirkung ist nämlich unbestritten, dass ein Rechtsverhältnis zwischen einer Personenvereinigung und einem Organ (bzw. einem organähnlichen Verwalter) vorliegt, das sich aus zwei Teilen zusammensetzt[7], wobei diese Teile im Hinblick auf die Rechtsbeständigkeit miteinander – letztlich unlösbar – verbunden sind[8]. Die Wahl bedeutet also nicht ein einseitiges Rechtsgeschäft, sondern das gemäss Gesetz oder Statuten zuständige Organ offeriert dem Berufenen den Abschluss eines Verwaltervertrages (OR 3 ff; BGB 145 ff), wobei der Vertrag erst durch die Annahme seitens des Verwalters zustande kommt[9].

In der praktischen Rechtsanwendung ergibt sich somit trotz der unterschiedlichen dogmatischen Begründung kein Unterschied zwischen der Einheits- und Trennungstheorie[10]; zu Recht stellt deshalb Weitnauer[11] fest, dass jedenfalls bei der konkreten Fallgestaltung die Differenzierung nicht weiterführt. Denn einerseits kommt die Trennungstheorie nicht darum herum, einen engen Zusammenhang[12] zwischen der Bestellung und der Anstellung des Verwalters anzunehmen, und anderseits muss auch die Einheitstheorie anerkennen, dass v.a. die Pflichtbindung des Verwalters[13] auf einem zweistufigen Vorgehen beruht (körperschaftlicher Beschluss und synallagmatisch-vertragliche Elemente).

3. Die beiden "Teile" der Verwalterbestellung (organschaftliche Bestellung und Abschluss eines Verwaltervertrages) sind chronologisch nicht festgelegt. Einerseits kann dann, wenn der Berufene die Verwalterbestellung anzunehmen gewillt ist, der konkrete Inhalt des Vertrages zwischen ihm und einem Vertreter der Gemeinschaft ausgehandelt werden, wobei sich dieser an den Beschluss der Versammlung zu halten hat; anderseits ist es ebenfalls möglich, dass mit einem potentiellen Bewerber ein Verwaltervertrag vorbereitet wird und dieser hernach, im Zusammenhang mit der Bestellung, den Stockwerkeigentümern unterbreitet wird[14].

5 Bürgi, Art. 708, N 1 und 8 sowie Werner von Steiger, Zürcher Kommentar zum ZGB, Bd. V/5/C, 1965, Art. 812, N 3 und dort je zitierte Literatur; Heini, 566 f; Friedrich, ZBGR 1973, 146.

6 Eingehend dazu in jüngster Zeit auch Wolfgang Mack, Die Begründung und Beendigung der Rechtsstellung von Organmitgliedern juristischer Personen im Handelsrecht, Diss. Mainz 1974, 6 ff, 23 ff.

7 Wenn dem nicht so wäre, müsste kein contractus sui generis konstruiert, sondern es könnte einfach ein Auftrag oder Arbeitsvertrag angenommen werden.

8 Darin liegt auch die Schwäche der in Deutschland verfolgten getrennten Betrachtungsweise (vgl. Merle/Trautmann, Anm. 3, 119 sowie die in Anm. 13 dort zitierte Literatur).

9 So auch K. Müller, 114 und eingehend Mathys, 274 f. Diese beiden Autoren verwenden im übrigen den Begriff des einheitlichen Rechtsgeschäftes nicht; es ist deshalb zumindest gewagt, wenn Friedrich (ZBGR 1973, 146, Anm. 49) sie zur Begründung seiner Ansicht beizieht, zumal Mathys (275) ausdrücklich die Trennung betont.

10 Merle, Bestellung, 17; Mack (Anm. 6), 25 ff.

11 Weitnauer/Wirths, § 26, N 3.

12 Angesichts der Tatsache, dass Bestellungsakt und vertragliche Pflichtbindung je alleine nicht existenzfähig sind, kann man nicht (wie Merle, Bestellung, 17) nur von einem gewissen Zusammenhang sprechen.

13 Ohne Zustimmung des Verwalters, also durch einseitigen Bestellungsakt, lassen sich keine Pflichten der anderen Vertragspartei begründen.

14 Vgl. hinten § 27 II B 1.

B Die Bestellung durch die Versammlung

1. Grundsatz

a) Die Stockwerkeigentümerversammlung beschliesst mit der einfachen Mehrheit (ein Minderheitsbeschluss reicht nicht aus[15]) über die Verwalterbestellung[16]. Umstritten ist jedoch in der Schweiz, ob eine qualifizierte Mehrheit nötig ist, wenn der Verwalter auch wichtigere Handlungen vornehmen kann[17]: Wie bereits dargetan, stellt die Wahl eines Verwalters in ein vorgegebenes "Amt" keinen so bedeutungsvollen Akt dar, dass eine qualifizierte Mehrheit gerechtfertigt wäre (der Gesetzgeber hätte dies auch ausdrücklich im Stockwerkeigentumsrecht gesagt), und bedarf die Ausdehnung der Verwalterkompetenz an sich, soweit dadurch die gesetzliche Ordnung geändert wird, der Einstimmigkeit[18].

Der Mehrheitsbeschluss wirkt sich für und gegen die Minderheit sowie die Abwesenden aus: Insbesondere ist auch die Minderheit verpflichtet, die allfälligen Mindestbefugnisse des Verwalters bzw. die ihm eingeräumten Rechte zu akzeptieren und seinen Anordnungen Folge zu leisten. Immerhin bleibt einem überstimmten Stockwerkeigentümer die Möglichkeit, den Beschluss wegen Verfahrensmängeln oder Gesetzes- bzw. "Statuten"-Verletzung anzufechten[19]: Die rechtskräftige Ungültigerklärung der Verwalterbestellung bewirkt die Unwirksamkeit von Anfang an (die gesetzliche Vertretungsbefugnis fällt rückwirkend dahin[20]). Dagegen hat der Verwalter, ausser wenn es ihm vertraglich eingeräumt wird, kein Anfechtungsrecht[21].

Liegen mehr als zwei Vorschläge vor, hat der Gewählte das absolute Mehr auf sich zu vereinigen[22].

Umstritten ist, ob der Verwalter auch unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung gewählt werden kann[23]. M.E. spricht nichts gegen eine bedingte Bestellung: Weder wird die Rechtsstellung des Verwalters unzulässig eingeengt, wenn der Amtsantritt von einem objektiven Faktor abhängig gemacht wird (z.B. Verkauf einer bestimmten Zahl von Wohnungen)[24], weil sich ja niemand auf eine solche vertragliche Ausgestaltung einlassen muss, noch erscheint es als unsittlich oder gemeinschaftswidrig, wenn ein bestimmtes Ereignis die Beendigung der Anstellung bewirken kann[25], weil den Stockwerkeigentümern ohnehin ein jederzeitiges Abberufungsrecht zusteht.

15 OLG Celle, 18.12.1957, NJW 1958, 307.
16 Statt vieler: Friedrich, § 39, N 4; Bärmann/Pick, § 26, N 37; Weitnauer/Wirths, § 26, N 3.
17 Verneinend Friedrich, § 35, N 9, § 39, N 4 sowie SJK 1305, 2; Michaud, 60; a.A. K. Müller, 113; Liver, SPR V/1, 103; Flattet, 1966, 33; Magnenat, 115; Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 44; Hauger, 253; offen lässt die Frage Meier-Hayoz, Art. 647b, N 9.
18 Dazu eingehend vorne § 17 IV B und § 22 IV A 1 c.
19 Vgl. Merle, Bestellung, 103 ff.
20 BayObLG, 27.7.1976, MDR 1976, 1023 f.
21 K. Müller, 131.
22 Friedrich, § 39, N 4; Egger, Art. 66/67, N 8; K. Müller, 113.
23 Bejahend Merle, Bestellung, 71; verneinend KG, 13.1.1976, DNotZ 1977, 612 und ihm folgend Bärmann/Pick, KK, 132 sowie Soergel/Baur, § 26, N 4.
24 Dies kann deshalb sinnvoll sein, weil die Gemeinschaft bei einer kleinen Zahl verkaufter Eigentumswohnungen noch keines Verwalters bedarf.
25 Z.B. für die Zeit eines hängigen Abberufungsverfahrens.

b) Neben der Mehrheitsbeschlussfassung, die als regelmässiges Verfahren bezeichnet werden kann, ist es auch möglich, dass die Bestellung des Verwalters in der Gemeinschaftsordnung oder im Reglement der Stockwerkeigentümer erfolgt[26]. Trotz der allgemein anerkannten Zulässigkeit sind gewisse Vorbehalte gegen eine solche Ausgestaltung nicht zu übersehen[27,28]: Einerseits ist dieses Vorgehen in praktischer Hinsicht oft unzweckmässig, weil bei einem späteren Ersatz des ersten Verwalters die Gemeinschaftsordnung oder das Reglement eine überholte Bestimmung enthält, die nur schwer wieder aufzuheben sein wird (Einstimmigkeit, qualifizierte Mehrheit); zudem gehören in die Gemeinschaftsordnung und das Reglement an sich nur solche Bestimmungen, die für längere Zeit Geltung haben. Anderseits besteht die Gefahr, dass die Grundsatzerlasse überwiegend auf die Bedürfnisse des ersten Verwalters zugeschnitten werden und die dabei vorgesehenen weitgehenden Verwalterrechte nicht aus Sorge um das Funktionieren der Gemeinschaft entstehen, sondern aus eigennützigen Motiven des Bauherrn als künftigem ersten Verwalter gewollt sind[29]. Trotz der oft vorhandenen Interessenkollision zwischen Bauträger und Verwalter sehen aber auch die neuesten Revisionsvorschläge zum WEG keine diesbezüglichen Schutzregeln zugunsten der Wohnungseigentümer vor. Eine Erleichterung ist für Deutschland seit 1973 nur dadurch gegeben, dass gemäss WEG 26 I 4 die Abberufung mit einfacher Mehrheit möglich ist[30].

c) In der Praxis ist noch ein weiteres Verfahren zur Bestellung eines Verwalters entwickelt worden: Vor allem grössere Immobilienfirmen, die sich mit dem Bau und Verkauf von Eigentumswohnungen beschäftigen, wollen beim Verkauf einer Stockwerkeinheit mit dem Käufer zugleich einen Verwaltervertrag abschliessen, in dem die Verkäuferin für eine bestimmte Zeit zur Verwalterin der Gemeinschaft bestellt wird. Dieses Vorgehen ist m.E. äusserst problematisch[31]: Eine Mehrzahl einzelvertraglicher Verpflichtungen stellt, auch wenn sie gleichlautend sind, noch keinen Beschluss dar[32]; wenn jeder Käufer die Verwalterin für eine gewisse Zeit (nicht bis zu einem bestimmten Termin) wählt, hat dies weiter zur Folge, dass die festen Verpflichtungen gegenüber der Verwalterin zu unterschiedlichen Zeitpunkten enden.

26 StenBull NR 1963, 199 f, 211, 214; Friedrich, § 40, N 8; Mathys, 275; BayObLG, 29.8. 1958, NJW 1958, 1824 mit zust. Anm. Bärmann, NJW 1959, 1277; BayObLG, 25.7.1974, NJW 1974, 2136; Bärmann/Pick, § 26, N 39; Weitnauer/Wirths, § 26, N 1a und § 10, N 14a; Palandt/Bassenge, § 26, N 1; Röll, Teilungserklärung, 33; Merle, Bestellung, 21.

27 Friedrich, § 40, N 8; Mathys, 275 f; Pfeuffer, 2233, 2235.

28 Zudem bleibt das Abberufungsrecht ohnehin vorbehalten.

29 Bopp, 154 f.

30 Vgl. nachfolgend Ziff. 2 a.

31 So auch Mathys, 276.

32 Man müsste eine einstimmige schriftliche Beschlussfassung (Zirkulationsbeschluss) annehmen; dies ist aber vor dem Zustandekommen der Gemeinschaft problematisch.

2. Beschränkungen der Bestellung

a) Einer der Hauptpunkte der Revision des WEG im Jahre 1973 beinhaltete den Schutz der Wohnungseigentümer vor übermächtigen Verwaltungen und dem Einfluss Dritter bei der Verwalterbestellung[33]. Neben der Beschränkung der Dauer der Bestellung sind noch folgende zwingende Regeln statuiert worden: "Die Abberufung des Verwalters kann auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränkt werden. Andere Beschränkungen der Bestellung oder Abberufung des Verwalters sind nicht zulässig" (WEG 26 I 3 und 4). Diese Vorschriften verhindern, dass sich die Wohnungseigentümer schuldrechtlich zur Bestellung eines bestimmten Verwalters verpflichten oder die Bestellung unmittelbar an das Erfordernis der Zustimmung Dritter geknüpft wird, weil der Verwalter nicht jene Interessen, sondern diejenigen der Wohnungseigentümer zu verfolgen hat[34]. Verträge mit Dritten (z.B. Bauträger, Kreditinstitut), die ihnen das Recht zur Verwalterbestellung einräumen oder die von deren Zustimmung die Wirksamkeit der Bestellung abhängig machen, sind nichtig[35].

Die neue Fassung von WEG 26 I will die Entscheidungsfreiheit der Wohnungseigentümer absolut schützen, indem nicht nur die Verpflichtung zur Bestellung eines Verwalters, sondern auch andere schuldrechtliche Bindungen, die sich ähnlich auswirken könnten, unzulässig sind. Als Beschränkung der Verwalterbestellung gilt deshalb auch, wenn statt der einfachen Stimmenmehrheit eine qualifizierte Mehrheit oder gar die Einstimmigkeit vorgesehen wird. Die Wohnungseigentümer können mit der Stimmenmehrheit einen bestimmten Verwalter wählen, auch wenn in der Vereinbarung ein anderer vorgesehen ist (obwohl deren Abänderung sonst der Einstimmigkeit bedürfte)[36]. Hingegen ist es zulässig, für die Verwalterbestellung statt des Kopf- das Wertquotenstimmrecht vorzusehen, weil der Gesetzgeber eine diesbezügliche Beschränkung nicht im Auge hatte[37]. Immerhin muss m.E. das Kopfstimmenprinzip als sachgerechter erscheinen (keine Abhängigkeit vom Wert des Miteigentumsanteils), weshalb eine abweichende Vereinbarung unter dem Gesichtspunkt einer rechtsmissbräuchlichen Stimmenkumulierung besonders zu prüfen ist.

Weiter würden folgende Regelungen gegen WEG 26 I verstossen:

- Der Bauträger behält sich in der Teilungserklärung das Recht vor, einen Verwalter zu bestellen.
- Die Auswahl eines Verwalters wird einem Dritten überlassen.
- Der Verwalter wird für berechtigt erklärt, sein "Amt" vollständig auf einen Dritten zu übertragen[38].

33 Diester, Rechtsfragen, N 32 f, 54, 290.
34 Merle, Bestellung, 63.
35 Bärmann/Pick, § 26, N 73; Weitnauer/Wirths, § 26, N 3b; Palandt/Bassenge, § 26, N 1.
36 Merle, Bestellung, 64.
37 KG, 25.3.1977, Rechtspfleger 1978, 24 f mit zust. Anm. von Merle (25); OLG Hamm, 6.2.1978, Rechtspfleger 1978, 182 f; Soergel/Baur, § 26, N 2 (mit Verweisen auf die gegenteilige Ansicht).
38 Hingegen ist die Substitution der Verwaltertätigkeit an sich zulässig, sofern sie nicht in Gesetzesumgehungsabsicht erfolgt.

Nichtig sind nur vertragliche Vereinbarungen, welche die Rechte der Wohnungseigentümer beschränken; hingegen wäre es zulässig, die Verwalterbestellung zu erleichtern; solche Vereinbarungen sind jedoch nur schwer vorstellbar[39].

b) Im schweizerischen Recht fehlen entsprechende Schutzbestimmungen im Hinblick auf die Entscheidungsfreiheit der Stockwerkeigentümer. Allfällige vertragliche Vorbehalte (v.a. die Zustimmung Dritter) sind deshalb als zulässig zu erachten, sofern sie nicht gegen zwingendes Recht verstossen, insbesondere rechts- oder institutsmissbräuchlich sind.

Bei der Frage der Zustimmung Dritter geht Friedrich[40] davon aus, dass die strenge Betonung der Selbstbestimmung in der Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht gerechtfertigt sei; weil eine fremde Mitwirkung aber doch eine empfindliche Beeinträchtigung der Mitverwaltungsrechte des einzelnen darstelle, bedürfe eine entsprechende Bestimmung der Einführung durch einen einstimmigen Beschluss. Demgegenüber hat das Bundesgericht[41] den Vorbehalt der Zustimmung des Gemeinwesens zu Beschlüssen der Generalversammlung einer Genossenschaft als unzulässig bezeichnet. K. Müller stellt die Frage des Zustimmungsrechts nicht, ist aber – noch weiter gehend – der Ansicht, auf Grund einer entsprechenden vertraglichen Regelung könne ein Dritter ermächtigt werden, den Verwalter zu bestimmen, weil es sich bei ZGB 712m I 2 um eine Kompetenznorm, nicht um einen zwingenden Rechtsgrundsatz handle[42].

Im Gesellschaftsrecht ist unbestritten, dass die Wahl der Organe zwingend der Generalversammlung zukommt[43]. In Übereinstimmung mit diesem Grundsatz hat der erwähnte Bundesgerichtsentscheid (BGE 67 I 262 ff) einen Zustimmungsvorbehalt des Gemeinwesens als unzulässig zurückgewiesen. Um in diesem Sonderfall die Durchsetzung allfälliger öffentlicher Interessen zu ermöglichen, wollen einzelne Autoren dem Gemeinwesen eine bevorzugte Rechtsstellung einräumen[44], während andere daran festhalten, dass sich eine Gesellschaft der selbständigen Willensbildung nicht begeben könne[45].

Was für die Gesellschaften des OR gilt, kann auch bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht einfach übergangen werden, obwohl sie keine Körperschaft darstellt: Sie muss fähig sein, selbständig und ohne Mitsprache Dritter ihren Willen rechtsgültig zu bilden; der Vorbehalt der Zustimmung Dritter gefährdet nun aber die Eigenständigkeit. Für die gegenteilige Ansicht wird noch angeführt, dem Dritten

39 Weitnauer/Wirths, § 26, N 3b; Merle, Bestellung, 65.
40 Friedrich, § 39, N 13 f.
41 Bundesgericht, 16.12.1941, BGE 67 I 262 ff.
42 K. Müller, 117 f.
43 Vgl. etwa Bürgi, Art. 698, N 38.
44 August Egger, Revision des Genossenschaftsrechts, ZSR 1922, 231a; Max Gerwig, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1952, 152 f; Werner von Steiger, Grundriss des schweizerischen Genossenschaftsrechts, 2. Aufl., Zürich 1963, 114; vgl. auch Hugo Wenninger, Das Stimmrecht des Genossenschafters nach dem revidierten schweizerischen OR, Diss. Zürich 1943, 149 f und Werner Zehnder, Die Beteiligung des Gemeinwesens an der Aktiengesellschaft, Diss. Basel 1944 (Masch.), 181 ff.
45 Max Kummer, Die Gleichbehandlung der Genossenschafter gemäss Art. 854 OR, untersucht für die verschiedenen Arten von Genossenschaften, Bern 1949, 57; Ruth Bernheimer, Die Gleichbehandlung der Genossenschafter im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1949, 138 f; Max Gutzwiller, Zürcher Kommentar zum ZGB, Bd. V/6/2, 1974, Art. 926, N 64 (wenn auch grammatikalisch problematische und in ihrem Sinn nicht ganz verständliche Formulierung).

stehe das Recht zu, einen Verwalter durch den Richter bestellen zu lassen[46]; dieses Argument spricht aber vielmehr für die hier vertretene Auffassung, indem ein Dritter im Falle seiner Interessengefährung den Richter angehen kann und nicht Einfluss auf die interne Willensbildung zu nehmen braucht.

Ebenso kann die Verwalterbestellung nicht generell vertraglich einem Dritten überlassen werden, weil damit die zwingende Organkompetenz umgangen würde (ZGB 712m I 2 ist nicht eine abdingbare Kompetenznorm[47]). Es wäre höchstens denkbar, dass in bestimmten Sachfragen (z.B. Kostenvoranschlag) die Zustimmung Dritter vorbehalten würde, soweit die Bindung noch der Zweckverfolgung der Gemeinschaft dient und sie in der freien Betätigung nicht unnötig eingeengt wird (Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit gemäss ZGB 27)[48].

Mangels eines ausdrücklichen gesetzlichen Beschränkungsverbotes ist hingegen die Erschwerung der Beschlussfassung zulässig. Dies ist v.a. dann sinnvoll, wenn ein Stockwerkeigentümer bereits über mehr als die Hälfte der Stimmen verfügt. Kommt eine Wahl nicht zustande, weil die Beteiligten das erforderliche qualifizierte Quorum nicht erreichen, kann immer noch der Richter um Verwalterbestellung angegangen werden.

3. Die Dauer der Bestellung

a) Die Stockwerkeigentümer können im Beschluss über die Verwalterbestellung eine bestimmte Dauer festlegen oder ihn auf unbestimmte Zeit wählen. Im ersten Fall ist gewöhnlich davon auszugehen, dass das jederzeitige Abberufungsrecht während der Dauer der Anstellung ausgeschlossen (auf die Abberufung aus wichtigem Grund beschränkt) ist[49]. Die Anstellung endigt im übrigen mit dem Ablauf der vereinbarten Zeit, sofern nicht eine konkludente Verlängerung des Vertrages eintritt.

b) Eine Mindestdauer der Bestellung kennen sowohl das schweizerische wie das deutsche Recht nicht. Insbesondere kann daraus, dass der Verwalter jährlich eine Abrechnung vorzulegen hat, nicht geschlossen werden, die Amtszeit müsse genau so lange dauern[50]. In praktischer Hinsicht dürfte eine solche Regelung zwar zweckmässig sein; es wäre aber auch denkbar, dass sich verschiedene Verwalter turnusmässig im Laufe des Jahres in die Aufgaben teilen und dann gesamthaft von der Versammlung entlastet werden.

c) Bis 1973 war die zeitliche Dauer der Verwalterverträge in Deutschland nicht begrenzt. Unter Abbedingung oder zumindest starker Einschränkung des Abberufungsrechts wurden oft ausserordentlich langfristige Verwalterverträge abgeschlossen. Dabei hatten sich die Bauträger und Verwaltungsgesellschaften in den ein-

46 Friedrich, § 39, N 13.
47 A.A. K. Müller, 118, der sich offensichtlich der Parallelität zum Gesellschaftsrecht nicht bewusst gewesen ist.
48 Vgl. dazu eingehend Kummer (Anm. 45), 58.
49 Wenn die Stockwerkeigentümer den Verwalter auf eine bestimmte Zeit wählen, werden meistens die Abberufungsrechte als auf wichtige Gründe beschränkt gelten müssen.
50 So zu Unrecht Michaud, 91 hinsichtlich des Ausschusses.

seitig aufgestellten Gemeinschaftsordnungen jeweilen eine besondere Rechtsstellung eingeräumt (z.B. permanente Verwaltung bis zur Tilgung aller Fremdmittel, was über 40 Jahre dauern konnte). Diese Praktiken gerieten in den sechziger Jahren in der Lehre immer mehr unter Beschuss[51]. Der Gesetzgeber hat deshalb 1973 eine Beschränkung statuiert[52]: Die Bestellung des Verwalters kann auf nicht längere Zeit als 5 Jahre erfolgen[53]. Dabei beginnt die fünfjährige Frist zu dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Verwalter seine Tätigkeit aufnimmt (nicht mit der Bestellung). Das Gesetz hat damit eine Lösung getroffen, die schwer erträgliche Bindungen verhindert, ohne dass die an sich durchaus wünschbare Kontinuität der Verwaltung in geeigneten Fällen beeinträchtigt würde[54]. Wird vertraglich eine längere Frist vereinbart, ist diese Abrede zwar nicht völlig nichtig, aber doch soweit, als sie fünf Jahre übersteigt[55]. Die Bestellung kann als Höchst- oder Mindestdauer oder beides gedacht sein; massgebend ist dabei der Wille der Wohnungseigentümer. Hat die Frist die Funktion einer Höchstdauer, kann der Verwalter vorher mit einfacher Stimmenmehrheit abberufen werden, bei einer Mindestdauer ist die Abberufung grundsätzlich nur aus einem wichtigen Grund möglich. Neu hat nun AGBG 11, Nr. 12a für die regelmässige Erbringung von Dienstleistungen die Vertragsdauer auf zwei Jahre beschränkt (wenn auch mit einer Erneuerungsmöglichkeit). Der Gesetzgeber hätte jedoch WEG 26 I 2 modifizieren müssen, wenn es in seiner Absicht gelegen wäre, die Laufzeit der Verwalterverträge beim Wohnungseigentum stärker zu beschränken (vgl. AGBG 8)[56].

In der Schweiz fehlt eine zeitliche Begrenzung im Gesetz[57]. Sofern es sich nicht ohnehin bei der Anstellung um ein Auftragsverhältnis handelt mit dem zwingenden jederzeitigen Widerrufsrecht (OR 404), ist sie in vertraglicher Hinsicht (Arbeitsvertrag, atypischer Auftrag[58]) jedenfalls begrenzt durch das voraussetzungslose Kündigungsrecht nach 10 Jahren (OR 336d)[59]. Eine länger dauernde Bindung ist somit nicht vereinbar.

Dieselben Grundsätze gelten für die Bestellung auf unbestimmte Zeit: Sie endet, sofern der Verwalter nicht vorher schon mit einfacher Stimmenmehrheit abberufen

51 Vgl. insbesondere Diester, Rechtsprechung, 54; NJW 1970, 1111; NJW 1971, 1153 mit weiteren Nachweisen; Rechtsfragen, N 290 ff; Karstädt, BlGBW 1962, 300 f, 311 f; Bopp, 149 (und dort zitierte Literatur) sowie 153 (mit empirischen Hinweisen); Kürzel, 26; Pfeuffer, 2233 ff; Walter Löwe, Gesetzliche Befristung der Bestellung des Verwalters einer Wohnungseigentümergemeinschaft, ZRP 1972, 133 ff (mit empirischen Untersuchungen).

52 Durch die Neuregelung sollte eine unbefristete, unwiderrufliche oder sich über Jahrzehnte hin erstreckende Verwalterbestellung unterbunden und damit die Aushöhlung der Eigentumsrechte der Wohnungseigentümer verhindert werden.

53 Die gesetzliche Befristung gilt allgemein und nicht nur für Fälle, in denen die Wohnungseigentümer das Abberufungsrecht auf einen wichtigen Grund beschränkt haben (vgl. eingehend Merle, Bestellung, 66 f).

54 Weitnauer/Wirths, § 26, N 3a; vgl. auch Palandt/Bassenge, § 26, N 1a.

55 Bei einer zu langen Bestellung ist anzunehmen, die Wohnungseigentümer hätten den Verwalter jedenfalls für 5 Jahre bestellen wollen (Weitnauer/Wirths, § 26, N 3b; Merle, Bestellung, 67 f).

56 Vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen, § 8, N 1.

57 Hauger, 254.

58 Dazu eingehend hinten § 27 II A 2.

59 K. Müller, 114.

worden ist, in Deutschland mit 5 Jahren, in der Schweiz (bei entsprechender Kündigung) mit 10 Jahren; das Anstellungsverhältnis kann jedoch konkludent weitergeführt werden.

d) Eine wiederholte Bestellung des Verwalters ist nicht nur – unproblematisch – in der Schweiz, sondern auch in Deutschland möglich, denn die Gemeinschaft soll sich nicht von einem bewährten Verwalter wegen der fünfjährigen Bestellungsfrist trennen müssen. Der entsprechende Beschluss der Wohnungseigentümer darf aber frühestens ein Jahr vor Ablauf der erstmaligen Bestellungszeit erfolgen (WEG 26 II). Ohne weiteres zulässig ist die wiederholte Bestellung, wenn dadurch die Fünfjahresgrenze gar nicht tangiert wird. Fragen kann sich jedoch, ob eine erneute Bestellung mehr als ein Jahr vor Ablauf der Bestellungszeit mit sofortiger Wirkung (also nicht auf das Ende der erstmals vereinbarten Dauer hin[60]) beschlossen und dadurch die Gesamtdauer auf über fünf Jahre ausgedehnt werden kann; auch wenn der Gesetzeswortlaut dagegenspricht, muss doch mit Merle[61] davon ausgegangen werden, dass ein solches Vorgehen der Ratio legis nicht widerspricht, weil sich die Wohnungseigentümer nicht für länger als fünf Jahre binden, zumal sie ja, die Übereinstimmung deswegen vorausgesetzt, den Verwalter auch abberufen und unmittelbar danach wieder für fünf Jahre bestellen könnten.

4. Stellvertretung

Sowohl das schweizerische wie das deutsche Recht enthalten keine Bestimmungen hinsichtlich der Stellvertretung des Verwalters. Es sind aber mannigfache Situationen denkbar, in denen der bestellte Verwalter seine Funktionen nicht erfüllen kann: In Betracht kommen die Unfähigkeit (z.B. Krankheit, Abwesenheit) oder die Hinderung (z.B. Interessenkollision) des Verwalters; weiter ist es möglich, einen Stellvertreter vorzusehen für den Fall, dass sich der Verwalter zu den nötigen Handlungen weigert.

Sowohl tatsächliche wie rechtliche Gründe legen es also nahe, die Stellvertretung des Verwalters vertraglich zu regeln. Die einfachste – und nicht notwendigerweise ausdrücklich zu verankernde – Möglichkeit besteht darin, den Stellvertreter ad hoc zu bestimmen, wenn es sich als nötig erweist; in sehr kleinen Gemeinschaften mag dieses Vorgehen meistens genügen. In grösseren Verhältnissen stehen zwei andere Varianten zur Auswahl[62]:

- Wahl eines Stellvertreters des Verwalters zugleich mit dessen Ernennung; für die gewählte Person gelten dieselben Voraussetzungen wie für den Verwalter (handlungsfähige, natürliche oder juristische Person, die selber Stockwerkeigentümer sein kann oder nicht[63]);
- Bezeichnung eines Stellvertreters in der Gemeinschaftsordnung oder im Reglement (z.B. Vorsitzender des Ausschusses oder der Versammlung, sofern ein sol-

60 Dies würde einer Verletzung von WEG 26 II gleichkommen.
61 Merle, Bestellung, 70.
62 Friedrich, § 41, N 5 f.
63 Vgl. vorne § 26 III.

cher ausdrücklich gewählt ist); es muss sich dabei nicht um einen Amtsträger handeln (z.B. auch Stockwerkeigentümer mit der grössten Wertquote oder Inhaber der Parterrewohnung), doch empfiehlt sich dies, wenn sich die Gemeinschaft unliebsame Überraschungen ersparen will.

Wenn der Verwalter von vorneherein bezeichnet ist, muss, um Kompetenzkonflikte zu vermeiden, festgelegt werden, wann er handeln darf, indem die rechtliche und tatsächliche Hinderung des Verwalters konkretisiert wird (z.B. nur in dringenden Fällen oder bei länger dauernder Verhinderung)[64]. Darf der Stellvertreter tätig werden, stehen ihm grundsätzlich die gleichen Befugnisse zu wie dem Verwalter.

C Bestellung durch den Richter

1. Ausgestaltung des Individualanspruches

a) Gemäss ZGB 712q I kann jeder Stockwerkeigentümer beim Richter das Begehren um Bestellung eines Verwalters einreichen, wenn die Versammlung keinen wählt oder diese überhaupt nicht zustande kommt. Gründe müssen keine vorgebracht werden, insbesondere kein Bedürfnisnachweis für einen Verwalter. Das gleiche Recht steht auch Dritten zu, sofern sie ein berechtigtes Interesse nachweisen (ZGB 712q II).

Dieser Individualanspruch ist unentziehbar; er kann also durch Vereinbarung nicht wegbedungen werden[65]. Dabei unterscheidet das Gesetz nicht zwischen der Bestellung irgendeines Verwalters und der Berufung einer bestimmten Person. An einen personellen Vorschlag ist der Richter nicht gebunden; er entscheidet nach pflichtgemässem Ermessen, ob er eine vom Antragsteller genannte Person für geeignet erachtet, wobei er, wenn keine schwerwiegenden Bedenken entgegenstehen, meist einem Vorschlag folgen wird[66].

b) Auch dem deutschen Wohnungseigentümer steht – zwingend und unentziehbar – das Recht zu, vom Richter die Bestellung eines Verwalters zu verlangen, doch muss es sich dabei um einen dringenden Fall handeln (WEG 26 III). Diese Einschränkung (Entsprechendes gilt auch für Dritte, die ein berechtigtes Interesse haben) beeinträchtigt – im Vergleich zum schweizerischen Recht – nicht nur die Rechtsstellung des einzelnen, sondern kann auch den Grundsatz der Unabdingbarkeit des Verwalters (WEG 20 II) praktisch illusorisch machen. Das Gesetz hat aber noch ein Korrektiv geschaffen: Jeder Wohnungseigentümer (nicht aber ein interessierter Dritter) ist berechtigt, vom Richter eine ordnungsmässige Verwaltung zu verlangen, wozu auch die Bestellung eines Verwalters gehört (WEG 21 IV). Während Dritten somit nur der beschränkte Anspruch von WEG 26 III zusteht, können die Wohnungseigentümer zwischen zwei möglichen Ansprüchen wählen.

Die herrschende deutsche Lehre sieht den Unterschied zwischen WEG 21 IV und WEG 26 III darin, dass im ersten Fall der Wohnungseigentümer berechtigt sei, einen

64 Friedrich, § 41, Abs. 3 und N 8.
65 Vgl. vorne § 26 II 1.
66 Hauger, 256.

bestimmten Verwalter (bestimmte Person) zu verlangen, während im zweiten Fall die Auswahl der zu bestellenden Person dem freien Ermessen des Gerichtes überlassen bleibe[67,68]. Zudem könne mit WEG 21 IV auch nur die Mitwirkung der Wohnungseigentümer am Mehrheitsbeschluss der Verwalterbestellung in der Versammlung verlangt werden[69].

Diesen Behauptungen kann nicht einfach gefolgt werden. Bei der Frage nach dem Verhältnis der beiden Gesetzesbestimmungen zueinander ist zu prüfen, ob sie deckungsgleich sind und ob allenfalls die eine als lex specialis der anderen vorgeht. Soweit es sich um einen dringenden Fall handelt, gehört die Verwalterbestellung sicher auch zur ordnungsgemässen Verwaltung; in dieser Situation ist somit WEG 26 III als Spezialvorschrift alleine anwendbar; der Antragsteller braucht keine bestimmte Person zu bezeichnen und das Gericht ist, sofern eine bestimmte Person vorgeschlagen wird, in der Auswahl dennoch frei.

Prozessual dieselben Grundsätze gelten an sich auch für das Vorgehen nach WEG 21 IV: Der Antragsteller muss keine bestimmte Person nennen, sondern nur den Nachweis erbringen, dass die Verwalterbestellung für die ordnungsgemässe Verwaltung notwendig ist, und das Gericht ist frei, einem personell bestimmten Antrag zu folgen oder nicht[70]. Um eine Doppelspurigkeit zu vermeiden, zieht deshalb Merle[71] den Schluss, dass der Anwendungsbereich von WEG 21 IV beschränkt ist auf das Begehren an den Richter, die Wohnungseigentümer zur Mitwirkung am Versammlungsbeschluss zu verpflichten. Damit verkennt er jedoch die Tragweite von WEG 21 IV[72]: Die Verwalterbestellung kann durchaus (noch) nicht dringend sein (womit WEG 26 III ausscheidet), aber dennoch ordnungsgemäss. Es würde der Ratio legis von WEG 21 IV widersprechen, den einzelnen Wohnungseigentümer entweder warten zu lassen, bis die Bestellung dringend ist (und allenfalls schon ein Schaden bewirkt wurde), oder die anderen Wohnungseigentümer nur zur Mitwirkung an der Beschlussfassung zu verpflichten, die, gerade bei einer zwangsweisen Durchsetzung (WEG 45 III, ZPO 888 I), umständlich und zeitraubend ist; der Sinn des unentziehbaren Anspruchs von WEG 21 IV wird entleert, wenn nicht bereits präventiv die Verwalterbestellung durchgesetzt werden kann.

2. Voraussetzungen

a) Die Bestellung eines Verwalters durch den Richter setzt voraus, dass ein solcher fehlt. Dieser Fall kann in verschiedenen Situationen eintreffen, z.B. wenn der Verwalter noch gar nicht bestellt oder wieder abberufen worden ist, wenn er seine Verwalterstellung aus einem anderen Grunde verloren hat (Ablauf der Bestellungszeit

67 Bärmann/Pick, § 26, N 31, 47; Weitnauer/Wirths, § 26, N 4a; Hauger, 255.
68 Das hätte bei WEG 21 IV zur Folge, dass nur die vorgeschlagene Person entweder angenommen oder abgelehnt, nicht aber eine andere bestimmt werden könnte.
69 Bärmann/Pick, § 26, N 27; vgl. auch Soergel/Baur, § 26, N 12.
70 Merle, Bestellung, 91.
71 Merle, Bestellung, 92.
72 Vgl. vorne § 19 II.

ohne Wiederwahl, Tod, Eintritt einer auflösenden Bedingung, Kündigung seines Anstellungsverhältnisses durch ihn selber) oder wenn er tatsächlich (Krankheit, Abwesenheit) oder rechtlich (Handlungsunfähigkeit, Interessenkollision) an der Ausübung seiner Funktionen gehindert ist[73]. Das Begehren an den Richter ist aber m.E. dann, jedenfalls solange nicht die Versammlung die Bestellung eines neuen Verwalters verweigert hat, ausgeschlossen, wenn ein gewählter oder bezeichneter Stellvertreter die laufenden Geschäfte übernehmen kann[74].

b) Antragsberechtigt sind jeder Stockwerkeigentümer sowie ein Dritter, der ein berechtigtes Interesse an der Bestellung eines Verwalters hat (ZGB 712q II; WEG 26 III)[75,76]. Es genügen ein rechtlich relevantes wie ein tatsächliches Interesse (Gewährleistung einer sachgemässen Hausverwaltung). ZGB 712q II nennt ausdrücklich den Pfandgläubiger und den Versicherer; es kann sich aber auch um einen gewöhnlichen Gläubiger handeln (z.B. Handwerker); ausschlaggebend ist die ungenaue Zuständigkeit zur Vertretung oder die komplizierte Geltendmachung von Forderungen. Als je nach den konkreten Umständen interessierter Dritter können ebenso ein Mieter oder Pächter, der im Haus wohnt, sowie eine Behörde, wenn sich Massnahmen im Interesse der Öffentlichkeit als notwendig erweisen (öffentliche Sicherheit und Gesundheit), gelten.

c) Im deutschen Recht sind als weitere Voraussetzungen die Dringlichkeit der Bestellung (WEG 26 III) oder die Verwirklichung der Ordnungsmässigkeit der Verwaltung (WEG 21 IV) zu beachten[77].

d) Im schweizerischen Recht kann sich fragen, ob vor dem richterlichen Begehren ein entsprechender Antrag des Stockwerkeigentümers von der Versammlung abgelehnt oder die Einberufung verhindert worden sein muss, weil ZGB 712q I den Individualanspruch gemäss seinem Wortlaut davon abhängig macht, dass ein Versammlungsbeschluss nicht zustande gekommen ist ("Kommt die Bestellung ... nicht zustande, so kann ..."). Diese Frage hat die schweizerische Literatur bisher übersehen[78]. Zweifellos wird das Vorgehen über die Versammlung zu verlangen sein, wenn es sich nicht um einen dringenden Fall handelt. Eilt jedoch die Bestellung, so muss es m.E. genügen, wenn der Antragsteller im summarischen Verfahren vor dem Richter glaubhaft macht, dass die Versammlung nicht einberufen werden konnte (z.B. fehlendes Einzeleinberufungsrecht und Nichterreichen des Minderheitenquorums von einem Fünftel gemäss ZGB 712m II i.V.m. 64 III[79]) oder dass die Versammlung seinem Antrag ohnehin nicht folgen werde oder dass der Verwalter vor Ablauf der Einberufungsfrist[80] bestellt sein müsse (z.B. wenn die Gefahr droht, dass sonst eine wichtige Frist abläuft). Diese Auslegung geht zwar etwas über den

73 Bärmann/Pick, § 26, N 50; Merle, Bestellung, 79; vgl. auch Friedrich, § 41, N 2 f (betr. Stellvertretung des Verwalters).
74 Vorne § 27 I B 4.
75 Nicht antragsberechtigt sind Dritte beim Begehren gemäss WEG 21 IV.
76 Vgl. dazu BBl 1962 II 1493; Friedrich, § 39, N 5; Liver, SPR V/1, 103; K. Müller, 115 f; Bärmann/Pick, § 26, N 49; Merle, Bestellung, 79.
77 Vgl. vorgehend Ziff. 1 b.
78 Vgl. Friedrich, § 39, N 5; K. Müller, 115 f.
79 Vorne § 22 I A 2.
80 Vorne § 17 II B, § 18 II.

Wortlaut hinaus, entspricht aber in teleologischer Hinsicht der Ratio legis von ZGB 712q I.

3. Prozessuale Durchführung des Begehrens

a) Klageeinleitung

Nach deutschem Recht entscheidet das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück liegt, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit über ein Begehren zur Bestellung eines Verwalters (WEG 43 I 3).

Entsprechende Vorschriften fehlen im schweizerischen Recht. Es muss aber davon ausgegangen werden, dass ein einheitlicher Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache besteht[81] und dass der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig ist[82].

Passivlegitimiert ist die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer. Weil die Zustellung der Klage an den Verwalter, sofern ein Stellvertreter nicht bestellt ist, unmöglich ist, bleibt grundsätzlich nur die Zustellung an alle Stockwerkeigentümer übrig. M.E. kann damit immerhin die Aufforderung verbunden werden, einen Zustellungsbevollmächtigten zu bezeichnen, ansonsten die weiteren Mitteilungen einem bestimmten Stockwerkeigentümer zugestellt würden[83].

b) Inhalt des Beschlusses

Inhalt der gerichtlichen Entscheidung ist die Bestellung einer bestimmten Person zum Verwalter. Im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens[84] hat der Richter eine geeignete Person auszusuchen, wobei er an einen allfälligen personellen Antrag nicht gebunden ist[85], ihm aber meist folgen wird, wenn nicht gewichtige Gründe dagegen sprechen[86].

Der Richter muss an sich den Inhalt der Anstellungsbedingungen nicht festlegen. Zweckmässigerweise sollte aber die in Aussicht genommene Person zur Umschreibung der Bedingungen (z.B. Honorar) und zur Annahme derselben beigezogen wer-

81 Friedrich, § 39, N 7; Michaud, 61.
82 Friedrich, § 39, N 7; K. Müller, 116 spricht nur von einem beschleunigten Verfahren.
83 Friedrich, § 39, N 8 scheint davon auszugehen, dass die Zustellung an einen beliebigen Stockwerkeigentümer ausreicht, weil es nicht Meinung des Gesetzes sein könne, dass durch das Fehlen eines Verwalters die Prozessfähigkeit der Gemeinschaft praktisch beseitigt werde. Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung und beim Nichtvorhandensein einer vertraglichen Bestimmung im Reglement oder in der Gemeinschaftsordnung, wonach bei Verhinderung des Verwalters ein bestimmter Stockwerkeigentümer die Zustellungen in Empfang nimmt, ist es aber m.E. – trotz der prozessökonomischen Vorteile – fragwürdig, in einer Rechtsgemeinschaft willkürlich einen Teilhaber – ohne Voranmeldung – zum gemeinsamen Zustellungsempfänger zu bestimmen.
84 WEG 43 II spricht ausdrücklich vom billigen Ermessen.
85 Vorne § 27 I C 1 a.
86 K. Müller, 116.

den[87]. Ist etwa die Frage des Verwalterentgeltes nicht geregelt, muss sonst das Honorar im späteren Streitfalle in der Schweiz nach richterlichem Ermessen festgesetzt werden bzw. ist in Deutschland die "übliche Vergütung" (BGB 612) zuzusprechen[88]. Falls der Richter nichts Ausdrückliches anordnet, stehen dem Verwalter die gesetzlichen Mindestbefugnisse zu[89]; diese Rechtslage kann aber oft nicht angepasst sein und es drängt sich eine adäquatere Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses auf, z.B. indem der gerichtlich bestellte Verwalter bestimmte Aufgaben zu erfüllen hat (mindestens eine Versammlung einberufen und durchführen). Da aber die Stockwerkeigentümer Anspruch auf einen Verwalter mit gewissen Mindestbefugnissen haben (sonst könnte der Individualanspruch durch eine entsprechend enge Umschreibung des Pflichtenheftes illusorisch gemacht werden), darf der Richter nur dann den Aufgabenbereich des Verwalters beschränken, wenn der Beantragende nicht eine volle Verwalterbestellung verlangt. Die Mindestbefugnisse sind also für den Richter verbindlich, ausser wenn der betreffende Stockwerkeigentümer selber weniger will[90].

Nicht klar geht im schweizerischen Recht aus dem Gesetz hervor, ob der Richter den Verwalter für eine bestimmte Zeit bestellen muss (dies scheint dem Wortlaut von ZGB 712r III zu entsprechen). M.E. entspricht aber eine solche Annahme nicht dem Sinn und Zweck des richterlich bestellten Verwalters. Sofern der Antragsteller nicht mehr verlangt, kann dieser Verwalter auch "nur" zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe eingesetzt werden; denkbar wäre auch, die Dauer durch den Eintritt eines bestimmten Ereignisses zu konkretisieren. Ebenso dürfte nichts dagegen sprechen, eine Bestellung auf – vorläufig – unbestimmte Zeit vorzusehen, weil die Stockwerkeigentümer dadurch nicht übermässig belastet werden: Sie können nämlich um die Bewilligung zur Abberufung nachsuchen (ZGB 712r III). Demgegenüber sieht WEG 26 III ausdrücklich vor, dass die Bestellungszeit des gerichtlichen Verwalters "bis zur Behebung des Mangels" dauert, weshalb eine Bestellung für einen kürzeren Zeitraum an sich nicht vorgesehen werden darf[91]. Dies schliesst aber eine terminliche Fixierung nicht grundsätzlich aus; sie darf nur nicht so bemessen sein, dass sie von vorneherein zur Behebung des Mangels nicht ausreicht.

c) Wirkungen des Beschlusses

Der Beschluss des Richters ist wirksam mit Eintritt der Rechtskraft, ausser wenn vorher schon Massnahmen vorsorglich angeordnet werden. Er tritt an die Stelle des entsprechenden Versammlungsbeschlusses (mit derselben Funktion); weiter gehende Wirkungen hat er nicht; insbesondere wird der Abschluss eines Verwaltervertrages nicht überflüssig. Die gerichtlich formulierte Offerte muss also von der in Aussicht genommenen Person angenommen werden. Sowohl das schweizerische wie das

87 Bärmann/Pick, § 26, N 55.
88 OLG Hamm, 20.9.1973, NJW 1973, 2301 f.
89 Vgl. dazu hinten § 28 II.
90 So geht m.E. Merle (Bestellung, 81 f) zu weitgehend davon aus, dass der Richter in jedem Fall an die Mindestbefugnisse von WEG 27 III gebunden sei.
91 Merle, Bestellung, 81; Bärmann/Pick, § 26, N 57.

deutsche Recht regeln nicht, wem gegenüber diese Annahmeerklärung abzugeben ist; weil der Richter die Ernennung vornehmen muss, ist davon auszugehen, dass auch ihm gegenüber das Akzept abzugeben ist[92].

Der richterlich bestellte Verwalter kann alle in seinen Tätigkeitsbereich fallenden Geschäfte vornehmen; er ist jedoch an die richterliche Aufgabenumschreibung gebunden. Falls ihm die gesetzlichen Minimalbefugnisse zukommen, kann er alle ihm richtig scheinenden Massnahmen treffen und nicht nur die dringenden und unaufschiebbaren Geschäfte vornehmen[93]. Ist z.B. in der Gemeinschaftsordnung (im Reglement) vorgesehen, dass der Verkauf einer Eigentumswohnung der Zustimmung des Verwalters oder der Mehrheit der Stockwerkeigentümer bedarf, so genügt auch die Zustimmung des gerichtlich bestellten Verwalters allein und es kommt nicht einfach nur die zweite Variante in Betracht[94].

Wird der richterlich bestellte Verwalter für die Stockwerkeigentümergemeinschaft tätig ohne Wissen darum, dass der Beschluss nicht wirksam geworden ist (z.B. Nichtigkeit wegen eines Verfahrensfehlers), ist er wohl Geschäftsführer ohne Auftrag (OR 419 ff; BGB 677 ff); er kann in diesem Fall Aufwendungsersatz gemäss OR 422/BGB 683 verlangen. Problematisch ist die Rechtslage jedoch dann, wenn ein Stockwerkeigentümer sich klar gegen die Tätigkeit des vermeintlichen Verwalters ausspricht, weil diesfalls die Geschäftsführung kaum mehr als geboten (OR 422) bzw. dem mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn entsprechend (BGB 683) bezeichnet werden kann. Die Ansprüche eines solchen Verwalters beschränken sich dann auf die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR 62 ff; BGB 812 ff)[95].

4. Beendigung der richterlich angeordneten Verwaltung

a) Die Beendigungsgründe für das Rechtsverhältnis mit dem richterlich bestellten Verwalter ergeben sich oft direkt aus dem Bestellungsbeschluss[96]: Z.B. kann die vorgesehene Frist ablaufen oder der Verwalter hat die ihm aufgetragenen Arbeiten erfüllt. Die Bestellung endigt auch mit dem Tod des Verwalters, seiner Kündigung des Anstellungsverhältnisses und der Auflösung der Stockwerkeigentümergemeinschaft.

b) Liegt nicht ein besonderer Grund vor, so läuft im deutschen Recht die Bestellung nach der Generalklausel von WEG 26 III mit "Behebung des Mangels" aus[97]. Dies ist dann der Fall, wenn die Versammlung durch Mehrheitsbeschluss einen anderen Verwalter bestellt bzw. beim richterlich ernannten nachträglich den organ-

92 So auch Merle, Bestellung, 85.
93 Weitnauer/Wirths, § 26, N 4b.
94 So zu Recht das OLG Hamm, 22.11.1966, DNotZ 1967, 686 f.
95 Das OLG Hamm (20.9.1973, NJW 1973, 2301 f) bejaht in einem solchen Falle "Vergütungsansprüche ... nach den Grundsätzen der §§ 677 ff BGB", die sich "im übrigen auch auf die §§ 812 ff BGB" stützen lassen; damit setzt das OLG Hamm jedoch eine Parallelität voraus, die gar nicht vorliegt (vgl. dazu auch Merle, Bestellung, 86 f).
96 Michaud, 61.
97 Vgl. Weitnauer/Wirths, § 26, N 5e; Bärmann/Pick, § 26, N 57; Merle, Bestellung, 87.

schaftlichen Bestellungsakt wiederholt; damit "fehlt" kein Verwalter mehr[98]. Der entsprechende Versammlungsbeschluss muss aber rechtskräftig sein; es bleibt nämlich einem Wohnungseigentümer unbenommen, einen Beschluss anzufechten, wenn z.B. ein eben erst abberufener Verwalter wieder gewählt wird, obwohl der wichtige Grund dafür noch gegeben ist, oder wenn der gewählte Verwalter offensichtlich nicht gewillt ist, tätig zu werden und nur vorgeschoben wird, um den richterlich bestellten loszuwerden.

Obwohl dies aus dem Gesetzestext nicht eindeutig hervorgeht, bejaht die deutsche Lehre teilweise die Möglichkeit der ersatzlosen Abberufung eines richterlich bestellten Verwalters, wenn auch mit unterschiedlichen Bedingungen: Auf der einen Seite wird Einstimmigkeit in der Beschlussfassung verlangt, weil der überstimmte Wohnungseigentümer gleich wieder ein Begehren nach WEG 26 III stellen könne[99], auf der anderen Seite wird ein Mehrheitsbeschluss als ausreichend erachtet[100]. Diese letzte Ansicht hält nicht stand: Wenn die einfache Mehrheit den richterlich bestellten Verwalter wieder abberufen kann, so wird der gesetzliche Schutz, den WEG 20 II und WEG 26 III dem einzelnen Wohnungseigentümer gewähren, weitgehend illusorisch gemacht; überdies wäre das Gericht allenfalls bald wieder mit einem Begehren um Verwalterbestellung beschäftigt. Hingegen muss ein richterlich bestellter Verwalter durch einen einstimmigen Beschluss abberufen werden können, weil sonst die Wohnungseigentümer der Möglichkeit beraubt wären, de facto keinen Verwalter zu haben (was im Einverständnis aller WEG 20 II ermöglichen will). Dieses Ergebnis liesse sich – bei Ablehnung einer solchen Auslegung[101] – ohne weiteres auch dadurch erreichen, dass die Versammlung einen Verwalter bestellt (womit der gerichtlich bestellte wegfällt) und diesen gleich wieder abberuft (bei Einstimmigkeit wird ja ein neues Begehren gemäss WEG 26 III nicht mehr gestellt).

Schliesslich ist die Abberufung durch den Richter selbst möglich, wenn ein Begehren um eine ordnungsmässige Verwaltung gestellt wird und sich diese Massnahme aufdrängt[102].

c) Neben dem Ablauf der Bestellungszeit und der Erfüllung der bestimmten Aufgabe ist im schweizerischen Recht nur noch die richterliche Bewilligung eines die Abberufung aussprechenden Versammlungsbeschlusses ausdrücklich vorgesehen (ZGB 712r III). Die Einschränkung auf eine solche wortgetreue Annahme ist jedoch m.E. nicht sachgerecht. Die Stockwerkeigentümer müssen auch die Möglichkeit haben, auf einen Verwalter ganz zu verzichten, wenn sie ihn nicht mehr für notwendig erachten, weil sie die Aufgaben selber erledigen (sonst liesse sich der gesetzlich erlaubte verwalterlose Zustand nicht mehr erreichen). Es muss aber eine einstimmige Willensäusserung der Stockwerkeigentümer vorliegen.

Überdies muss m.E. auch dem einzelnen das Recht zustehen, vom Richter die Abberufung des von ihm eingesetzten Verwalters zu verlangen. Trotz des Fehlens

98 OLG Hamm, 22.11.1966, DNotZ 1967, 686 f.
99 Staudinger/Ring, § 20, N 5.
100 Bärmann/Pick, § 26, N 68.
101 So zu Unrecht Merle, Bestellung, 88; diese Auffassung erstaunt um so mehr, als Merle (70) mit derselben Begründung wie hier die wiederholte Bestellung des Verwalters (vorzeitig) für zulässig erachtet.
102 Vgl. eingehender hinten § 27 III B 2.

eines Hinweises im Gesetz (bei der Abberufung) hat jeder Stockwerkeigentümer Anspruch auf einen Verwalter, der die nötige Fachkunde aufweist; fehlt ihm diese, so ist er durch einen anderen zu ersetzen. Dieses direkte Vorgehen beim Richter ist aber im allgemeinen auf den Fall zu beschränken, dass ein Versammlungsbeschluss aus irgendwelchen Gründen nicht zustande kommt (andernfalls ist der richterlich bestellte Verwalter abzuberufen und die Genehmigung einzuholen).

II Der Verwaltervertrag

A Rechtsnatur

1. Deutschland

In Deutschland ist es einhellige Meinung, dass der Vertrag zwischen den Wohnungseigentümern und dem Verwalter im Falle der Unentgeltlichkeit einen Auftrag nach BGB 662 ff, bei Entgeltlichkeit jedoch, was überwiegend der Fall ist, einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat (BGB 675), darstellt[103]. Dieser entgeltliche Geschäftsbesorgungsvertrag enthält wesentliche Bestandteile des Auftrags (vgl. BGB 675); dadurch stellt sich nicht wie im schweizerischen Recht die Frage der nicht ganz befriedigenden exklusiven Zuordnung zum Dienstvertrag oder Auftrag[104].

Vom gewöhnlichen Geschäftsbesorgungsvertrag oder Auftrag unterscheidet sich der Verwaltervertrag dadurch, dass sein Inhalt wesentlich durch die Anordnungen des WEG vorbestimmt ist.

2. Schweiz

a) In der schweizerischen Lehre ist unbestritten, dass dem Verwalter keine Organstellung im Sinne von ZGB 55 zukommt, weil es der Stockwerkeigentümergemeinschaft an der juristischen Persönlichkeit fehlt[105]. Sie ist ein Zwittergebilde zwischen der Personengemeinschaft und der juristischen Person[106]; die gesetzliche Vertretungsmacht nach aussen und die körperschaftsähnliche Innenstruktur vermögen aber nichts daran zu ändern, dass Gläubiger der erworbenen Rechte die Mitglieder der Gemeinschaft zu gesamter Hand sind und die Stockwerkeigentümer für die eingegangenen Verpflichtungen nach den Wertquoten haften. Wäre der Ver-

103 Bärmann/Pick, § 26, N 29, 61; Weitnauer/Wirths, § 26, N 3; Palandt/Bassenge, § 26, N 1b; Diester, § 26, N 8; Merle, Bestellung, 75; Kürzel, 25; Clasen, 110 f; vgl. auch Staudinger/Ring, § 26, N 4; Soergel/Baur, § 26, N 6.

104 Das Problem des jederzeitigen Widerrufsrechts hat sich in Deutschland weniger gestellt: Sinnvollerweise ist die Möglichkeit der Kündigung durch den Beauftragten wesentlich stärker eingeschränkt als in der Schweiz (BGB 671 II).

105 Mathys, 277 f.

106 Weber, SJZ 1979, 117 f und dort zitierte Literatur.

walter ein Organ, würde er zudem eo ipso für die Gemeinschaft handeln und es bedürfte nicht einer ausdrücklichen Ordnung seiner Vertretungsbefugnis (ZGB 712t I)[107]. Die Verwendung des Begriffes "Organ" für den Verwalter ist vornehmlich eine terminologische Verlegenheitslösung[108]; das Gesetz kennt keine "Organähnlichkeit" für die Vertreter von Personengemeinschaften.

b) OR 394 II bestimmt, dass Arbeitsleistungsverträge, die keiner besonderen Vertragsart unterstellt sind, nach den Vorschriften des Auftrags beurteilt werden. Diese Gesetzesbestimmung bringt es mit sich, dass für die Annahme eines Arbeitsleistungsvertrages sui generis kein Raum bleibt, diese also gesetzlich ausgeschlossen sind[109]. Der Grund dieser Regelung liegt vornehmlich darin, dass andernfalls die zwingenden Bestimmungen der einzelnen Vertragstypen durch geschickte Kombination von Vertragselementen weitgehend ausgeschaltet werden könnten, meist zum Nachteil der schwächeren Vertragspartei.

Das schweizerische Bundesgericht hat sich im Jahre 1957 anhand eines Liegenschaftenverwaltervertrages, der entsprechend auf die Verwaltung von Stockwerkeigentum übertragen werden kann, mit dessen Rechtsnatur auseinandergesetzt[110]: Weil eine feste Vertragsdauer von 10 Jahren vorgesehen war, qualifizierte es den entsprechenden Vertrag, ohne die anderen Kriterien genügend in Betracht zu ziehen und zu bewerten, als Arbeitsleistungsvertrag sui generis. Dieser Entscheid ist in der Lehre zu Recht überwiegend auf Ablehnung gestossen[111]. In seiner eben veröffentlichten neuesten Praxis hat sich nun das Bundesgericht von seinem früheren Entscheid ebenfalls distanziert[112].

c) Als Charakterisierung des Verwaltervertrages kommt somit der Arbeitsvertrag oder der Auftrag in Frage[113]. Beiden Verträgen ist gemeinsam, dass eine bestimmte Tätigkeit auf Zeit erbracht werden muss, und zwar unter Wahrung der für diese Tätigkeit gebotenen Treue- und Sorgfaltspflicht. Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Vertragstypen liegt darin, dass der Arbeitsvertrag eine gesteigerte Personenbezogenheit gegenüber dem sachbezogenen Leistungsgehalt des Auftrages aufweist. Dies zeigt sich vor allem in der Frage der Zulässigkeit der Substitution: Während der Arbeitnehmer seine Leistung grundsätzlich persönlich zu erbringen hat, ausser wenn besondere Umstände oder eine entsprechende Abmachung sie erlauben[114], darf der Beauftragte substituieren, wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird (OR 398 III). Der unterschiedliche strukturelle Bezug auf die Person des Tätigwerdenden hat auch Folgen beim Sozialschutz (Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit und Sozialleistungen beim Arbeitsvertrag, nicht aber beim Auftrag) sowie für die Beendigung des Vertrages (Kündi-

107 K. Müller, 81.
108 Vgl. vorne § 20 I.
109 Gautschi, Art. 394, N 56; K. Müller, 85; Mathys, 278; zu Unrecht kritisch Friedrich, ZBGR 1973, 148, Anm. 56 a.E.
110 Bundesgericht, 26.11.1957, BGE 83 II 525 ff.
111 Gautschi, Art. 395, N 23c und Art. 404, N 10d; K. Müller, 85; Guhl/Merz/Kummer, 437; Mathys, 279 f sowie eingehend Peyer, 166 f, 167 f.
112 Bundesgericht, 23.5.1978, BGE 104 II 111 (wenn auch weitgehend begründungslos).
113 Der Werkvertrag fällt ausser Betracht, weil nie ein Arbeitserfolg im Sinne eines Werkes angestrebt wird.
114 Gautschi, Art. 394, N 62b.

gungsfrist bei auf unbestimmte Zeit abgeschlossenem Arbeitsvertrag, jederzeitiges Widerrufsrecht beim Auftrag).

d) Die äussere Stellung und die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Verwalters und der Stockwerkeigentümer legen es an sich nahe, einen Auftrag anzunehmen. Dagegen spricht jedoch das jederzeitige Widerrufsrecht nach OR 404. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass durchaus ein Bedürfnis bestehen kann, einen Verwaltervertrag mit einer fest umschriebenen zeitlichen Bindung abzuschliessen (bestimmte Vertragsdauer, unbestimmte Zeit mit Kündigungsfrist), indem sich z.B. der berufliche Verwalter gegen die plötzliche und unbegründete Entlassung schützen will oder die Gemeinschaft daran interessiert ist, nicht plötzlich ohne Verwalter dazustehen[115].

Diese Interessenabwägung hat die einen Autoren dazu bewogen, dem Auftrag den Vorzug zu geben[116], während die anderen teilweise dem Arbeitsvertrag zuneigen[117].

e) Eingehend mit dem Arbeitsvertrag befasst sich K. Müller[118]. Er geht davon aus, dass für den Fall, dass die Vertragspartner eine Bindung auf Zeit wünschten, keine andere Wahl als der Arbeitsvertrag bleibe; überdies sei ein besonderes Subordinationsverhältnis beim Verwalter des Liegenschaftenvertrags nicht nötig[119]. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden: Schon ganz grundsätzlich sind die neuen Bestimmungen über den Arbeitsvertrag von 1972 nicht für solche Rechtsverhältnisse zugeschnitten; zudem kann wegen der Personenbezogenheit des Arbeitsvertrags nur eine natürliche Person Arbeitnehmer sein, nicht eine juristische Person, die Verwaltungsfunktionen ausübt und oft mit vielen Kunden in gleichartigen Geschäftsbeziehungen steht[120]. Zudem ist das Subordinationsverhältnis bzw. das verstärkte Weisungsrecht beim Arbeitsvertrag begriffswesentlich[121], ist doch der Arbeitnehmer in eine Arbeitsorganisation eingegliedert und vollbringt fremdbestimmte Arbeit[122].

Daraus ergibt sich klar, dass nicht einfach dann, wenn eine feste Vertragsdauer vereinbart ist, ohne weiteres von einem Arbeitsvertrag gesprochen werden kann; vielmehr müssen alle begriffswesentlichen Elemente vorliegen. Eine solche Regelung ist an sich durchaus möglich, wird aber in der Praxis eher selten sein. Ein Arbeitsvertrag kommt dann in Betracht, wenn eine natürliche Person von einer Stockwerkeigentümergemeinschaft als Verwalter angestellt wird, ihr seine Arbeitskraft in

115 Kein stichhaltiger Grund ist etwa, dass sich der Bauträger aus der Verwaltungstätigkeit einen Erwerb sichern will.

116 Friedrich, § 40, N 4 ff und ZBGR 1973, 147 ff; Liver, Marxer, 190 und SAV 10, 4; Mathys, 277 ff.

117 K. Müller, 85 erachtet zwar ebenfalls den Auftrag als die passendste Vertragsform, doch nimmt er immer dann einen Arbeitsvertrag an, wenn eine Frist vereinbart wird; dieser Ansicht scheint Liver in ZbJV 1965, 310 zu folgen.

118 K. Müller, 85 f, 114, 144.

119 K. Müller, 86.

120 Guhl/Merz/Kummer, 381.

121 Kritisch auch Friedrich, § 40, N 4.

122 Vgl. die Definition des Arbeitgebers bei Manfred Rehbinder, Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts, 5. Aufl., Bern 1979, 24 f.

dieser Eigenschaft ganztags[123], einen wesentlichen Teil davon oder doch zumindest in Teilzeitfunktion zur Verfügung stellt und zugleich ein Subordinationsverhältnis besteht[124]. Überdies muss die Arbeit entgeltlich geleistet werden; liegt Unentgeltlichkeit vor, ist begriffsnotwendig, unabhängig von einer allfälligen zeitlichen Befristung, ein Auftrag gegeben.

f) Die Auswahl des Verwalters von Stockwerkeigentum erfolgt im Hinblick auf seine Sachkunde. Ganz allgemein kann davon ausgegangen werden, dass freiberuflich arbeitende Personen mit besonderen Fachkenntnissen (Notare, Rechtsanwälte, Vermögens- und Liegenschaftenverwalter), die meist für mehrere Auftraggeber tätig werden, Beauftragte sind[125]. Fällt das Vertrauen in die Arbeitsweise des Beauftragten dahin, muss er abberufen werden können. Das Auftragsrecht entspricht deshalb normalerweise der Funktion eines Verwalters am besten; die relativ flexible gesetzliche Ordnung kommt dem Vertrauensverhältnis der Vertragspartner am ehesten entgegen. Diese Auslegung steht auch in Übereinstimmung mit dem jederzeitigen Abberufungsrecht (ZGB 712r I): Dieses Recht würde fast illusorisch gemacht, wenn ausser bei Vorliegen eines wichtigen Grundes Schadenersatz gezahlt werden müsste[126].

Wie bereits erwähnt, bringt das jederzeitige Widerrufsrecht (mit Schadenersatzfolge bei Widerruf zur Unzeit: OR 404 II) den Nachteil mit sich, dass eine Vertragspartei das gegenseitige Verhältnis ohne ersichtlichen Grund lösen und damit die andere Partei in eine unangenehme Situation versetzen kann. Schon in älterer Zeit sind an der Berechtigung des beliebigen Kündigungsrechts des Beauftragten Zweifel angemeldet worden[127]. Dennoch war es bis in die jüngste Zeit völlig einhellige und nicht hinterfragte herrschende Meinung, dass OR 404 zwingenden Rechts ist und durch Vertrag nicht wegbedungen werden kann[128]. Auch eine Abmachung, dass eine Kündigung nur aus einem wichtigen Grund möglich sein soll, ist unzulässig[129]. Ebenso kann zum Schutz vor finanziellen Nachteilen nicht eine Konventionalstrafe oder eine andere, dieses Ergebnis bewirkende vertragliche Verabredung getroffen werden[130]. Begründet wird diese zwingende Vorschrift und damit die Durchbrechung der privatautonomen Gestaltungsfreiheit mit dem Vertrauenscharakter des Auftragsverhältnisses und dem dadurch verbundenen Schutz der Parteien, bei fehlendem Vertrauen den Vertrag nicht aufrechterhalten zu müssen.

In neuerer Zeit sind – zu Recht – vermehrt Vorbehalte gegenüber der Unabdingbarkeit von OR 404 angemeldet worden[131]; insbesondere wird zur Diskussion ge-

123 Zu Recht wendet sich Michaud, 62 gegen die starke Betonung der Ganztagsarbeit bei Friedrich (§ 40, N 4); auch Teilzeitarbeit genügt, sofern eine Einordnung in den Arbeitsbetrieb vorliegt.

124 Michaud, 62; Friedrich, § 40, N 4; K. Müller, 85 f.

125 Gautschi, Art. 394, N 28.

126 Mathys, 281.

127 Bruno von Büren, Der Auftrag, Diss. Zürich 1944, 77 ff.

128 Bundesgericht, 5.7.1933, BGE 59 II 261 sowie 3.10.1972, BGE 98 II 307 f; Becker, Art. 404, N 8; Oser/Schönenberger, Art. 404, N 2; Gautschi, Art. 404, N 10a ff; K. Müller, 83.

129 Oser/Schönenberger, Art. 404, N 2.

130 Gautschi, Art. 404, N 10e.

131 Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, 140 f. In seinem neuesten Entscheid hat sich das Bundesgericht (23.5.1978, BGE 104 II 115 f) jedoch wiederum unbedenklich für den absolut zwingenden Charakter von OR 404

stellt, ob sich nicht für "auftragsähnliche atypische Vertragsverhältnisse"[132] eine Einschränkung des jederzeitigen Widerrufsrechts aufdrängt. Eingehend mit dieser Frage hat sich Peyer befasst[133]; er kommt dabei nach einer systematischen, entstehungszeitlichen und teleologischen Auslegung zu folgenden Schlüssen[134]:

"Das in Art. 404 niedergelegte zwingende Widerrufsrecht rechtfertigt sich im Hinblick auf die besondere Interessenlage, die dem überlieferten gesetzlichen Auftragstypus zugrunde liegt:

- Inhalt und Zweck dieses Auftrages betreffen den Mandanten in seinen höchstpersönlichen Gütern;
- der Auftragserfolg ist massgebend von der persönlichen Treue und Sorgfalt des Beauftragten bei der Pflichterfüllung abhängig;
- die gegenseitige Verpflichtung beinhaltet beidseitig die Gefahr einer zu weitgehenden Bindung;
- die Arbeitsleistung betrifft die geistige und sittliche Individualität des Beauftragten.

Bezüglich dieser besonderen Interessenlage hat der Art. 404 OR den Zweck, die Parteien vor einer zu weitgehenden Bindung zu schützen."

Damit bei den atypischen Vertragsverhältnissen der Vertrag nicht unter Ausweitung der Definition von OR 363 dem Werkvertragsrecht unterstellt oder in Missachtung von OR 394 II ein Arbeitsleistungsvertrag sui generis konstruiert oder OR 404 trotz des zwingenden Charakters einfach nicht angewendet wird, schlägt Peyer vor, unter gewissen Voraussetzungen von der Anwendung von OR 404 abzusehen[135]:

- Fehlen einer der Ratio legis des Art. 404 OR entsprechenden Interessenlage;
- Bestehen eines schutzwürdigen Interesses der Gegenpartei an der Aufrechterhaltung des Auftragsverhältnisses;
- Vorliegen eines Auftragsverhältnisses, das entsprechend seiner Interessenlage einem faktisch bedeutsamen, der Verallgemeinerung zugänglichen Auftragstypus entspricht.

Keine Anwendung findet deshalb OR 404 auf Auftragsverhältnisse "der kaufmännischen und technischen Administration,

- denen ein ausschliesslich wirtschaftlich-technischer Zweck zukommt;
- die den Beauftragten zu einer in ihrer Art verhältnismässig einfachen, nach objektiven Kriterien weitgehend erfassbaren technischen oder kaufmännischen Arbeitsleistung verpflichten;
- die regelmässig auf längere Dauer eingegangen werden, ohne dass deswegen ein Arbeitsvertrag vorliegen würde"[136].

Diese Voraussetzungen treffen nun beim Verwaltervertrag oft in weitgehendem Masse zu[137]: Meist stehen im wesentlichen nur wirtschaftlich-finanzielle, nicht höherwertige persönliche Interessen auf dem Spiel, fehlt ein besonderes Vertrauens-

ausgesprochen, ohne die besondere Interessenlage zu würdigen (es handelte sich um einen "Management"-Vertrag).

132 Guhl/Merz/Kummer, 437.

133 Peyer, 123 ff.

134 Peyer, 199.

135 Peyer, 201.

136 Peyer, 201.

137 In diese Richtung dürfte auch Friedrich (ZBGR 1973, 148 f) zu verstehen sein. Die Argumentation ist jedoch etwas ungenau, indem er trotz des bindenden Charakters von OR 404 die Gültigkeit einer festen Vertragsdauer anerkennt, weil Auftragsrecht nur soweit anzuwenden sei, als es der Sache nach angemessen erscheine. Besser ist demgegenüber die Begründung, dass OR 404 darum nicht als zwingend erachtet werden dürfe, weil eben der Verwaltervertrag ein atypisches Auftragsverhältnis darstelle.

verhältnis, zumal die Vertragspflichten objektivierbar sind, und besteht ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages[138]. Diese Ausgestaltung kann jedoch nicht generell bei jedem Verwaltervertrag angenommen werden, sondern es sind jeweils die konkreten Umstände zu prüfen.

g) Wird eine feste Vertragsdauer, welche die Zeit bezeichnet, für die der Verwalter gewählt sein soll, ohne dass eine Bestätigung in seiner Funktion erforderlich ist, verabredet, ergibt sich folgende Rechtslage:

- Ist der Verwalter – ausnahmsweise – ein Arbeitnehmer, kann er zwar abberufen werden, doch wird die Gemeinschaft schadenersatzpflichtig (positives Vertragsinteresse), ausser wenn wichtige Gründe im Sinne des Arbeitsvertragsrechts zur Auflösung des Rechtsverhältnisses berechtigen (OR 337)[139].
- Handelt es sich um einen Beauftragten (z.B. Immobilienfirma), sind die bestimmte Vertragsdauer und die Kündigungsfrist gewöhnlich wegen des zwingenden Charakters von OR 404 ungültig und das Vertragsverhältnis jederzeit – nur nicht zur Unzeit – auflösbar[140]. Das freie Widerrufsrecht kann grundsätzlich vertraglich weder abbedungen noch indirekt erschwert werden, weshalb sich die Stockwerkeigentümergemeinschaft weder durch Vereinbarung, Reglement noch besonderen Vertrag gültig verpflichten kann, eine bestimmte Person als Verwalter beizubehalten[141]. Ist der Verwaltervertrag auf Grund der konkreten Umstände jedoch ein Auftrag mit den erwähnten atypischen Charakteristiken, ist OR 404 abdingbar und die Gemeinschaft damit an die vertraglich vereinbarte Vertragsdauer gebunden[142].

B Inhalt des Verwaltervertrages

1. Der Verwaltervertrag ist rechtsgültig, wenn ein Bestellungsbeschluss der Stockwerkeigentümerversammlung vorliegt und ein Konsens zwischen den Vertragsparteien über alle wesentlichen Punkte zustande gekommen ist. Erfolgt die organschaftliche Bestellung zuerst, hat ein Vertreter der Gemeinschaft mit dem Verwalter den konkreten Inhalt des Vertrages auszuhandeln. Dabei ist er an den Beschluss der Versammlung gebunden; soll also der Verwalter Aufgaben und Befugnisse übernehmen, die über das Gesetz hinausgehen, muss eine solche Vertragsgestaltung vom Beschluss gedeckt sein (deshalb ist eine möglichst genaue Konkretisierung erwünscht). Kommt keine Einigung über die Vertragsbedingungen zustande (z.B. über die Höhe des Honorars), wird die Verwalterbestellung nicht "vollendet"; eine Arbeitsaufnahme durch den Berufenen ist nicht geboten.

Problematischer ist der Fall, dass der Verwalter durch Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft bestellt wird und er sein Amt einfach ohne weitere Unterredung antritt; zwar ist ebenso ein Vertrag – formfrei – gültig zustande gekommen,

138 Im einzelnen Peyer, 181 f.
139 Rehbinder (Anm. 122), 103 ff.
140 Friedrich, § 40, N 5; Mathys, 281.
141 Friedrich, § 40, N 5.
142 Dazu vorgehend lit. f.

doch lassen sich die Aufgaben und Kompetenzen des Verwalters nur aus dem Gesetz ableiten (ZGB 712s; WEG 27); diese Bestimmungen stellen aber "zwangsläufig nur einen Rahmen zur Verfügung, der einen breiten Raum für individuelle, der einzelnen Gemeinschaft am besten dienende Ausgestaltung offenlässt"[143]. Deshalb ist – mangels einer vertraglichen Konkretisierung der gegenseitigen Rechte und Pflichten – auch der Bereich der Rechtsunsicherheit und -unklarheit relativ weit.

Der Verwaltervertrag kann also formfrei abgeschlossen werden; ein gültiger mündlicher Vertrag sollte insbesondere auch festlegen, wann die bestellte Person konkludent mit der Erfüllung ihrer Aufgaben zu beginnen hat. Dennoch dürfte der formfreie Vertragsschluss nur für kleinere Gemeinschaften sinnvoll sein[144]. Auch wenn es wegen der Mannigfaltigkeit der konkreten Aufgaben und der Vielseitigkeit der Interessenwahrungsprobleme nur schwer möglich ist, alle künftig sich stellenden Fragen zu regeln, empfiehlt es sich doch, wenigstens die grundsätzlichen Vertragsrechte und -pflichten schriftlich festzuhalten; die Schriftform dient nämlich nicht nur der Rechtssicherheit und dem Beweis im Streitfalle, sondern trägt auch dazu bei, dass das Vertragswerk ein hohes Mass an Klarheit und Vollständigkeit erreicht. Hingegen wird es sich im Normalfall nicht aufdrängen, die Abreden mit dem Verwalter im Reglement zu verankern[145], weil dies dadurch unnötigerweise belastet wird; der damit verfolgte Zweck[146], die Gemeinschafter gegenseitig zu verpflichten, Verwalterverträge nur nach Massgabe der festgelegten Grundsätze abzuschliessen, ergibt sich natürlich schon aus der Mehrheitsbeschlussfassung (und der Anfechtungsmöglichkeit im Falle der Missbräuchlichkeit).

2. Vom Typus her ist der Verwaltervertrag ein Auftrag oder ein Arbeitsvertrag/Geschäftsbesorgungsvertrag[147]. Inhaltlich unterscheidet er sich aber nicht unwesentlich von diesen beiden Typen, indem er Vertragsbestandteile enthält, die normalerweise sonst nicht vorhanden sind (Rechte gemäss ZGB 712s und t bzw. WEG 27 und 28)[148]. Die Wirkung der Rechte bleibt aber dieselbe, ob sie nun als gesetzliche Minimalbefugnisse vorgeschrieben sind oder vertraglich zwischen den Parteien vereinbart werden[149].

Der Regelung im Verwaltervertrag bedürfen insbesondere (summarischer Überblick)[150]:

a) die Vertragsparteien;
b) der Ort der Liegenschaft;
c) der Vertragsbeginn;

143 Mathys, 275.

144 K. Müller, 88 geht m.E. zu Unrecht davon aus, dass normalerweise ein mündlicher Vertrag und eine schriftliche Vollmacht für den Verwalter genügen; dies trifft nur in kleineren Gemeinschaften zu, in denen z.B. ein Stockwerkeigentümer nebenamtlich die laufenden Verwaltungsgeschäfte tätigt. Wenn die Entschädigung nicht von vorneherein vertraglich festgelegt wird, lässt sich überdies bei einem schriftlichen Vertrag eine Relation zwischen der "üblichen Vergütung" und dem Aufgabenkatalog herstellen.

145 So auch Friedrich, § 40, N 2.

146 Vgl. Diester, Rechtspfleger 1965, 206.

147 Vorne § 27 II A 2.

148 Merle, Bestellung, 75.

149 Vgl. Friedrich, § 40, N 7; K. Müller, 88.

150 Vgl. auch Bärmann, Praxis, 386 ff.

d) die Vertragsdauer und -beendigung (z.B. Kündigungsfristen);
e) die Aufgaben des Verwalters:
   - Verkehr mit den Stockwerkeigentümern;
   - allfällige Funktionen bei der Abnahme des Gebäudes:
     = Feststellung von Mängeln;
     = vorläufige Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen (z.B. Erhebung der Mängelrüge);
     = spezielle Kontrollmassnahmen vor Ablauf der Garantiefrist;
   - Überwachung des Zustandes der Liegenschaft;
   - Überwachung der gemeinschaftlichen Anlagen (Heizung, Antennen usw.):
     = Besorgung des nötigen Materials und Anstellung allenfalls notwendiger Fachleute (z.B. Heizer);
     = Festlegung der Benutzungsordnung (z.B. im Turnus);
   - Veranlassung der notwendigen Reparaturen und Renovationen:
     = bei den gemeinschaftlichen Teilen: Festlegung einer Kompetenzsumme für die selbständige Erteilung von Aufträgen; Regelung der Frage des Selbstkontrahierens bei allfälligen Interessenkollisionen[151];
     = bei den Sonderrechts-Teilen: Kontrollrecht hinsichtlich des Zustandes der Wohnung; Anordnung allfälliger Ersatzmassnahmen bei Untätigkeit;
   - Anordnung dringender Massnahmen, die zur Wahrung einer Frist oder zur Abwendung eines sonstigen Rechtsnachteils erforderlich sind;
   - Erfüllung der wirtschaftlich-finanziellen Aufgaben:
     = Buchhaltung und Rechnungsführung;
     = Geldverwaltung (auf speziellen Konten);
     = Erstellung eines Kostenvoranschlages;
     = Erstellung einer Abrechnung (mindestens jährlich) über die Kosten der gemeinschaftlichen Liegenschaft;
     = Abwicklung des Zahlungsverkehrs im Bereich der eigenen Zuständigkeit;
     = Inkasso der Beiträge der Stockwerkeigentümer (inklusive betreibungsrechtliche Durchsetzung);
   - Verwaltung des Erneuerungsfonds;
   - Organisation der Versammlung:
     = Einberufung;
     = unter Umständen Leitung;
     = Protokollierung;
     = Durchführung der Beschlüsse;
   - Aufbewahrung der Belege:
     = Auskunftsrecht gegenüber den Gemeinschaftern;
     = Einräumung eines gewissen Einsichtsrechts;
   - Abschluss der notwendigen Versicherungen;
   - Anstellung und Überwachung des Hauswartes;
   - Vermietung der gemeinschaftlichen Räume (evtl. gemäss besonderem Auftrag auch der Sonderrechts-Einheiten);
   - Regelung der Frage, inwieweit eine Substitution zulässig ist;
f) die Vertretung der Gemeinschaft nach aussen:
   - Entgegennahme von Willenserklärungen;
   - Vertretungsbefugnis im Aufgabenbereich;
   - besondere Regelung der Vertretung gegenüber Versicherungen und vor Gericht;

151 Dazu Michaud, 63.

g) die Festlegung des Honorars:
   – Fixum und allfällige Indexierung;
   – Festlegung der im Fixum inbegriffenen Auslagen sowie der separat zu verrechnenden Kosten.

3. Von besonderer Wichtigkeit ist die Regelung der Dauer bzw. der Beendigung des Verwaltervertrages. Ist ein Verwalter für eine bestimmte Zeit bestellt, wird der Vertrag üblicherweise auf dieselbe Zeitdauer abzuschliessen sein; fehlt eine ausdrückliche Regelung, ist dennoch nach Treu und Glauben anzunehmen (ZGB 2; BGB 157), der Vertrag sei nicht auf eine längere Dauer abgeschlossen worden, weil die Stockwerkeigentümer sonst nach Ablauf der Bestellungszeit wegen der drohenden Entschädigungsansprüche in ihrer Entscheidung über die Nachfolge nicht frei wären[152].

Hat die Gemeinschaft die Verwalterbestellung auf unbestimmte Zeit vorgenommen, wird der Vertrag meistens nicht nach einer bestimmten Dauer auslaufen. Dennoch sind Kündigungsmöglichkeiten gegeben. Sofern in der Schweiz nicht ein Auftrag mit dem jederzeitigen Widerrufungsrecht (OR 404) vorliegt, ist das Vertragsverhältnis (Arbeitsvertrag, atypischer Auftrag) jedenfalls nach zehn Jahren ohne Grundangabe kündbar (OR 336d). In Deutschland sieht WEG 26 I 2 nur eine Höchstfrist für die Verwalterbestellung, nicht aber für den Verwaltervertrag vor. Dennoch erfordert die Ratio legis von WEG 26 dieselbe Befristung auch für die vertragliche Bindung; könnte nämlich der Vertrag auf eine längere Zeit geschlossen werden, wären die Wohnungseigentümer nach fünf Jahren insoweit gebunden, als sie bei einer Nichtwiederbestellung mit Entschädigungsforderungen rechnen müssten, womit der teleologische Gesetzeszweck unterlaufen würde[153]. Eine frühere Beendigung ist möglich, wenn, was oft sinnvoll ist, Kündigungsfristen vorgesehen werden.

Ist die Verwalterbestellung auf unbestimmte Zeit erfolgt, um das jederzeitige Abberufungsrecht zu erhalten, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob ein dennoch bestimmt abgeschlossener Verwaltervertrag zugleich unter dem Vorbehalt der Abberufung zu denken ist oder ob Entschädigungsansprüche möglich sind.

Durch Abrede nicht ausschliessen lässt sich jedenfalls die Kündigung aus wichtigem Grund (OR 337; BGB 626 und WEG 26 I 3)[154]; die Stockwerkeigentümer können aber – zuhanden des Richters – die Anforderungen, unter denen sie subjektiv den wichtigen Grund als erfüllt ansehen, konkretisieren.

152 Bei einer entsprechenden vertraglichen Regelung würde es sich wohl um eine unzulässige weitere Beschränkung im Sinne von WEG 26 I 4 handeln.
153 Merle, Bestellung, 77; Hauger, 258 f.
154 Rehbinder (Anm. 122), 104; Bärmann/Pick, § 26, N 13.

III Die Beendigung des Verwalterverhältnisses

A Beendigungsgründe

Sowohl das schweizerische wie das deutsche Recht regeln nur einen Beendigungsgrund des Rechtsverhältnisses mit dem Verwalter ausdrücklich, nämlich die Abberufung (ZGB 712r; WEG 26 I); diese beendet die organähnliche Stellung des Verwalters.

Daneben ergeben sich aber aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen noch weitere Tatbestände[155], die zur Beendigung der Anstellung und des Verwaltervertrages führen. Ist die Bestellung für eine bestimmte Zeit erfolgt, so läuft sie mit der Erfüllung der vereinbarten Dauer aus; ebenso endet der Verwaltervertrag, weil er bei einer bestimmten Bestellungszeit diese nicht überdauern kann[156]. Bei einer Bestellung auf unbestimmte Zeit gilt auch für den Verwaltervertrag die Höchstgrenze von 5 Jahren im deutschen Recht und die grundlose Kündigungsmöglichkeit nach 10 Jahren im schweizerischen Recht, während sich bei der zwischenzeitlichen Abberufung fragt, ob der Vertrag ebenfalls als aufgelöst zu betrachten ist oder ob Entschädigungsansprüche vorbehalten bleiben[157].

Das Rechtsverhältnis des Verwalters mit der Gemeinschaft kann weiter durch Rücktritt seitens des Verwalters aufgehoben werden[158]. Handelt es sich beim Verwaltervertrag um einen Auftrag, so müssen an den Begriff der "Unzeit", der die Schadenersatzpflicht auslöst (OR 404 II), beim Verwalter strengere Anforderungen gesetzt werden als bei der Abberufung durch die Versammlung, weil beim Mandat die Interessen des Auftraggebers überwiegen[159]; das besondere Treueverhältnis und der geschäftliche Anstand fordern im allgemeinen ohnehin, dass nach Möglichkeit eine gewisse Kündigungsfrist eingehalten wird (z.B. Ende des Geschäftsjahres)[160]. Bei Vorliegen eines Arbeitsvertrages ist der Verwalter an die Kündigungsfrist gebunden, ansonsten er schadenersatzpflichtig wird (positives Interesse), ausser wenn ein wichtiger Grund im Sinne von BGB 626/OR 337 gegeben ist.

Schliesslich führen äussere Gründe zur Beendigung der Verwalterstellung[161], z.B. Tod des Verwalters bzw. die Auflösung der juristischen Person (oder Personengemeinschaft), die als Verwalter eingesetzt worden ist, der Eintritt einer auflösenden Bedingung oder die Aufhebung der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer[162].

155 Vgl. auch Merle, Bestellung, 93.
156 Vorne § 27 I B 3.
157 Vorne § 27 I B 3.
158 K. Müller, 146 f.
159 Gautschi, Art. 404, N 18a.
160 K. Müller, 146.
161 K. Müller, 147 f.
162 Vgl. auch Bärmann/Pick, § 11, N 18 ff; Weitnauer/Wirths, § 11, N 3a.

B Die Abberufung im besonderen

1. Abberufung durch die Versammlung

a) Grundsatz

Der Verwalter kann gemäss ZGB 712r I/WEG 26 I mit der einfachen Stimmenmehrheit abberufen werden, ohne dass wichtige Gründe dafür vorliegen müssten[163]. Auch die Abberufung eines Verwalters, der in der Gemeinschaftsordnung bestellt worden ist, kann grundsätzlich mit der Stimmenmehrheit beschlossen werden[164].

Kein Abberufungsrecht hat der Ausschuss; diese Kompetenz kommt zwingend der Stockwerkeigentümerversammlung zu[165]; ein Abberufungsentscheid des Ausschusses ist auch dann nichtig, wenn sich nachträglich zeigt, dass er die Mehrheit der Stockwerkeigentümer hinter sich hätte[166].

Ebenso kann ein einzelner Wohnungseigentümer ohne Einwilligung der Versammlung oder des Richters den Verwalter nicht abberufen. Auch der unentziehbare Anspruch auf Vornahme derjenigen Massnahmen, die zur Abwendung eines den gemeinschaftlichen Teilen drohenden Schadens notwendig sind (ZGB 647 II 2; WEG 21 II[167]), umfasst nicht das Recht der Verwalterabberufung[168].

Die Abberufung des Verwalters ist grundsätzlich zu trennen von der Beendigung des Verwaltervertrages[169]. Immerhin ist zu erwägen, ob nicht im Normalfall der Verwaltervertrag als für die Dauer der Bestellung geschlossen zu gelten hat (bzw. dass er so auszulegen ist, wie wenn seine Wirksamkeit auflösend bedingt wäre durch die Abberufung[170]). Dies gilt insbesondere für das deutsche Recht seit der Novellierung von 1973 (zeitliche Höchstdauer von 5 Jahren, wenig Beschränkungsmöglichkeiten). Lassen sich organähnliche Stellung und Verwaltervertrag nicht ohnehin als gleichlaufend erachten, so ist danach zu fragen, welcher Vertragstypus vorliegt. Bei einem Auftrag wird in der Abberufung regelmässig auch der jederzeit mögliche Widerruf (OR 404 I; BGB 671 I) liegen, weshalb die gleichzeitige Beendigung gegeben ist. Liegt ein Arbeitsvertrag (atypischer Auftrag) bzw. ein Geschäftsbesorgungsvertrag vor, dürfte der wichtige Abberufungsgrund zugleich im Normalfall ein wichtiger Grund gemäss OR 337/BGB 626 sein (wenn auch auf Grund der konkreten Umstände im Einzelfall die Parallelität unter Umständen einmal verneint werden muss), während bei einer zulässigen grundlosen Abberufung das Vertragsverhältnis noch bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw.

163 So die völlig einhellige herrschende Lehre.
164 Bärmann/Pick, § 26, N 70; Soergel/Baur, § 26, N 8; Schwarz, 63; Kürzel, 26; Merle, Bestellung, 94; LG Dortmund, 20.1.1966, MDR 1966, 844.
165 Vorne § 20 I.
166 BayObLG, 9.2.1965, NJW 1965, 821 f.
167 Eingehend vorne § 17 II B, § 18 II.
168 A.A. meines Wissens nur Bärmann in der 1. Aufl. (1958) seines Kommentars (§ 21 II 1 und § 26 IV) sowie Frowin Karstädt, Anm. zum Entscheid des OLG Schleswig vom 19.4. 1961, NJW 1961, 1870.
169 Vgl. statt vieler Bärmann/Pick, § 26, N 65; Weitnauer/Wirths, § 26, N 5b sowie eingehend das BayObLG, 29.8.1958, NJW 1958, 1824 f mit Anm. von Bärmann, NJW 1959, 1277.
170 So auch Merle, Bestellung, 99.

der vereinbarten Zeit weiterdauert, die Gemeinschaft also mithin Ersatzansprüche zu bezahlen hat.

b) Beschränkungen der Abberufung

aa) In Deutschland ist die Vereinbarung sehr langfristiger und unkündbarer Verwalterbestellungen gewöhnlich einhergegangen mit dem Ausschluss des Abberufungsrechts. Immerhin haben schon damals Rechtsprechung und Lehre weitgehend übereinstimmend die Ansicht vertreten, dass die Abberufung aus wichtigen Gründen vertraglich nicht ausgeschlossen werden könne[171]. Dieser Grundsatz ist bei der Novellierung des WEG in § 26 I 3 übernommen worden; zugleich hat der Gesetzgeber andere Beschränkungen als unzulässig bezeichnet (WEG 26 I 4). Die Wohnungseigentümer können also nicht wirksam vereinbaren, dass ausser dem Vorliegen eines wichtigen Grundes auch eine qualifizierte Mehrheit bei der Beschlussfassung erreicht werden müsse[172] oder dass eine Abberufung des Verwalters aus wichtigem Grund erst gelten solle, wenn rechtskräftig über die Anfechtung der Abberufung entschieden sei[173].

Für das deutsche Recht ist somit davon auszugehen, dass das ausserordentliche Abberufungsrecht aus wichtigem Grund nicht der vertraglichen Gestaltungsfreiheit unterliegt[174]. Nicht geklärt scheint dadurch aber, ob einschränkende – das Ausmass der ausserordentlichen Abberufung nicht erreichende – Vereinbarungen bei der ordentlichen Abberufung zulässig sind. In gewissem Sinne ist nämlich WEG 26 I 4 missverständlich: Ausgeschlossen sind "andere Beschränkungen" als diejenige der Abberufung aus wichtigem Grund; der Gesetzeswortlaut kann somit so verstanden werden, dass als einzige Möglichkeit der Einschränkung des Abberufungsrechts diejenige auf einen wichtigen Grund vereinbar ist oder dass die Beschränkungen nicht weiter gehen dürfen, als dies beim wichtigen Grund der Fall ist. Wenn nämlich schon die ordentliche Abberufung ganz ausgeschlossen werden darf (zwingend ist nur die ausserordentliche), müsste grundsätzlich, der Regel a maiore ad minus folgend, eine weniger weitgehende Einschränkung (z.B. Zustimmung eines Ditten, Vereinbarung einer qualifizierten Mehrheit) ebenfalls möglich sein[175], denn die Wohnungseigentümer haben mehr Möglichkeiten, wenn sie neben dem Abberufungsrecht aus wichtigen Gründen auch noch ein solches mit Zustimmung eines Dritten haben, als wenn nur das erstere gegeben ist. Anderseits ist es dennoch zweifelhaft, ob der Gesetzgeber gerade die Zustimmung Dritter zur Abberufung zulassen wollte, nachdem er diesen Einfluss bei der Bestellung eindeutig ausgeschlossen hat[176]. Die gesetzgeberische Begründung von WEG 26 I 4 ist ebenfalls nicht völlig klar[177]; so geht nicht daraus hervor, ob z.B. eine Bindung im Verhältnis der

171 Vgl. BayObLG, 5.4.1972, MDR 1972, 608 f und Bärmann/Pick, § 26, N 12 sowie die dort zitierte Rechtsprechung und Lehre.
172 AG Köln, 30.7.1976, MDR 1977, 53 f.
173 KG, 3.2.1978, MDR 1978, 580.
174 Weitnauer/Wirths, § 26, N 5; Hauger, 259; Merle, Bestellung, 98.
175 Eingehend dazu auch Merle, Bestellung, 98 f.
176 Vorne § 27 I B 2.
177 Vgl. Merle, Bestellung, 96.

Wohnungseigentümer zueinander in jedem Fall eine missbilligte Erschwerung der Abberufung darstellt[178]. Angesichts der nicht eindeutigen Rechtslage wird deshalb die Vereinbarung einer Abberufungsbeschränkung in den nächsten Jahren mit dem Risiko der Nichtigkeit behaftet sein.

Materiell ist m.E. vom Grundsatz der restriktiven Auslegung von Beschränkungen (im Zweifel zugunsten der freiheitlichen Regelung) auszugehen, sofern nicht der Gesetzeswortlaut eindeutig dagegen spricht; zudem können gewisse Erschwerungen bei der Abberufung (im Gegensatz zur Bestellung) sachlich gerechtfertigt sein (z.B. qualifizierte Beschlussfassung, wenn ein Wohnungseigentümer bereits über die Mehrheit der Stimmen verfügt). Somit wäre es zulässig, die ordentliche Abberufung mit einer Frist zu verknüpfen[179], so dass sie erst nach deren Ablauf zur Beendigung der Verwalterstellung führt (wenn die Bestellung für eine bestimmte Mindestzeitdauer erfolgt, muss die ordentliche Abberufung gewöhnlich ohnehin als ausgeschlossen gelten[180]), oder eine qualifizierte Mehrheit bei der Beschlussfassung zu verlangen oder die Zustimmung eines Dritten zum Abberufungsbeschluss vorzusehen; als unzulässig sind aber zu betrachten die schuldrechtliche Verpflichtung der Wohnungseigentümer gegenüber einem Dritten, den Verwalter abzuberufen oder die Übertragung des Abberufungsrechts auf einen Dritten (z.B. Verwaltungsbeirat).

Wie bereits dargetan, ist der Ausschluss der Abberufung aus wichtigem Grund unzulässig; hingegen kann der wichtige Grund z.B. im Verwaltervertrag näher konkretisiert werden; damit werden Auslegungshilfen zuhanden des Richters statuiert. Allgemein ist ein wichtiger Grund dann gegeben[181], wenn den Wohnungseigentümern unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nach Treu und Glauben eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, weil ein gedeihliches, reibungsloses Zusammenleben nicht mehr möglich, das Vertrauensverhältnis also zerstört ist, wobei schuldhaftes oder gar böswilliges Verhalten des Verwalters nicht erforderlich ist[182]. Als wichtiger Grund kann etwa gelten[183]:

- Mitwirkung des Verwalters bei der Veräusserung von Eigentumswohnungen gegen Entgelt (im Zusammenhang mit der von ihm erforderlichen Zustimmung) im Wissen, dass er sich damit über den ihm bekannten gegenteiligen Mehrheitswillen der Wohnungseigentümer hinwegsetzt[184].
- Alleinige Verfügung über bestimmte Gelder, die gemäss Beschluss der Wohnungseigentümer nur mit Zustimmung gewisser Personen erfolgen dürfte[185].
- Verweigerung der Erstattung eines beschlussmässig verlangten Berichtes über das Eigentümergemeinschaftskonto sowie der Vorlegung der dazugehörigen Belege[186].

178 So AG Köln, 30.7.1976, MDR 1977, 54.
179 Vgl. Merle, Bestellung, 96 f, wobei doch zu bemerken ist, dass die Argumentation unter teleologischen Gesichtspunkten weniger selbstverständlich erscheint, als es bei ihm den Anschein macht. Bei der bevorstehenden Revision des WEG wäre eine gesetzgeberische Konkretisierung denkbar.
180 Vorne § 27 I B 3.
181 Zum wichtigen Grund vgl. allgemein auch vorne § 13 III A 3.
182 OLG Oldenburg, 20.1.1970, MDR 1970, 762.
183 Vgl. auch Bärmann/Pick, § 26, N 15 ff; Weitnauer/Wirths, § 26, N 5a; Soergel/Baur, § 26, N 8 f; Schwarz, 63.
184 BayObLG, 5.4.1972, MDR 1972, 608 f.
185 LG Freiburg, 25.11.1966, NJW 1968, 1973.
186 LG Freiburg, 25.11.1966, NJW 1968, 1973.

- Verlassen der Wohnungseigentümerversammlung ohne triftigen Grund, wodurch die Beschlussunfähigkeit herbeigeführt wird[187].
- Nichtvorlage einer ordnungsgemässen Abrechnung und nicht rechtzeitige Erstellung des Versammlungsprotokolls[188].
- Anhaltende, nachlässige Verwaltungsführung und schlechte Geldverwaltung, allenfalls auch Konkurseröffnung über das Vermögen des Verwalters oder Zahlungseinstellung[189].
- Unredlichkeit, unehrenhaftes Benehmen, schikanöse Behandlung der Wohnungseigentümer[190].

Nicht als wichtiger Grund anzusehen sind demgegenüber: Nachlässigkeiten des Hausmeisters oder Fehler des Bauträgers, Verzögerungen bei der Verwaltungsführung (ausser bei grober Fahrlässigkeit), leichte Unhöflichkeiten und persönliche Vorurteile[191]. Im allgemeinen ist das Fehlverhalten strenger zu bewerten, wenn es sich um eine langfristige Verwaltung handelt[192,193].

bb) Ob und allenfalls inwieweit im schweizerischen Recht Beschränkungen des Abberufungsrechts zulässig sind, hängt davon ab, ob ZGB 712r I zwingender Charakter zuerkannt wird oder nicht. Als unabdingbar bezeichnen Friedrich[194] und Michaud[195] das Abberufungsrecht, wobei sie zur Begründung ihrer Ansicht jeweilen nur auf die entsprechende Regelung im Aktienrecht (OR 705) verweisen[196]. Demgegenüber geht K. Müller[197] davon aus, dass der Verwaltervertrag dem Obligationenrecht, nicht dem Sachenrecht unterstehe, weshalb vom Grundsatz der Privatautonomie auszugehen sei, zumal kein öffentliches Interesse oder ein Schutzbedürfnis der Stockwerkeigentümer dagegen spreche. Aus den veröffentlichten Materialien lässt sich nicht direkt auf den Willen des Gesetzgebers schliessen[198]. Immerhin scheint der Redaktor des Gesetzes, Liver, ursprünglich unbedenklich von einem Auftragsverhältnis ausgegangen zu sein[199]; in Analogie zu OR 404 müssten somit die Unabdingbarkeit und Uneinschränkbarkeit des Abberufungsrechts angenommen werden. Zwar gibt ZGB 712r II dem einzelnen ein Individualrecht gegenüber einer anders entscheidenden Versammlung, doch kann daraus nicht abgeleitet werden, eine vertragliche Einschränkung bis zu dieser Grenze sei zulässig. Ebenso ist die Frage der Abberufung nicht eine des Verwaltervertrages (mit der Folge der privatautonomen Gestaltungsbefugnis)[200], sondern es handelt sich um einen organschaftlichen Akt.

187 LG Freiburg, 25.11.1966, NJW 1968, 1973; AG Lörrach, 23.11.1965, zitiert bei Diester, Rechtsprechung, 142 f; BayObLG, 9.2.1965, NJW 1965, 822 f.
188 AG Lörrach, 23.11.1965, zitiert bei Diester, Rechtsprechung, 142 f; BayObLG, 9.2.1965, NJW 1965, 822 f.
189 Bärmann/Pick, § 26, N 15.
190 Bärmann/Pick, § 26, N 15.
191 Bärmann/Pick, § 26, N 18.
192 BayObLG, 5.4.1972, MDR 1972, 608 f.
193 Bei langfristigen Verwalterbestellungen sind an den wichtigen Grund nicht besonders strenge Anforderungen zu stellen (vgl. OLG Oldenburg, 20.1.1970, MDR 1970, 762; Diester, NJW 1970, 1112).
194 Friedrich, § 39, N 15.
195 Michaud, 63.
196 Vgl. Bürgi, Art. 705, N 6.
197 K. Müller, 143.
198 Vgl. BBl 1962 II 1492 f und 1512 f.
199 Liver, Marxer, 190.
200 Abberufung und Beendigung des Verwaltervertrages sind zu trennen; dies scheint K. Müller (143 f) – wenn auch nur in diesem Zusammenhang – zu übersehen.

Mangels hinreichender gesetzlicher Indizien und teleologisch eindeutiger Erwägungen wird deshalb m.E. – entsprechend OR 705 und OR 404 – davon ausgegangen werden müssen, dass das jederzeitige Abberufungsrecht nicht eingeschränkt werden kann. Damit verbleibt zwar der Verwalter in einer sehr ungesicherten Rechtsstellung, doch stehen ihm jedenfalls die vertraglich ausgewiesenen Entschädigungsansprüche zu (ZGB 712r I). Diese werden die Stockwerkeigentümer oft davor zurückhalten, den Verwalter abzuberufen. Überdies kann ein Stockwerkeigentümer einen entsprechenden Versammlungsbeschluss dann anfechten, wenn er rechtsmissbräuchlich, unter unzulässiger Ausnützung von Machtpositionen, ergangen ist, mithin also Minderheitsinteressen verletzt, ohne dass dies durch die wohlverstandenen Gesamtinteressen der Gemeinschaft gerechtfertigt wäre[201]. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Abberufung weder von der Zustimmung Dritter abhängig gemacht, noch an bestimmte sachliche Voraussetzungen (z.B. qualifizierte Mehrheit) geknüpft werden kann. Dies ist dann nicht unproblematisch, wenn ein Stockwerkeigentümer bereits über die Hälfte der Stimmen verfügt. Diese Situation ist aber vorwiegend dadurch bedingt, dass der Gesetzgeber wie bei der Bestellung des Verwalters der Frage der möglichen vertraglichen Beschränkungen nicht nachgegangen ist; auf Grund der gegebenen Auslegungsindizien hat sich auch keine Parallelität zwischen Bestellung und Abberufung herstellen lassen. Bei einer partiellen Revision des schweizerischen Stockwerkeigentumsrechts wäre somit dieser Problemkreis miteinzubeziehen; dabei könnte davon ausgegangen werden, dass es angesichts der richterlichen Eingriffsmöglichkeiten gerechtfertigt wäre, für Bestellung und Abberufung die Einführung qualifizierter Mehrheiten zuzulassen und die Beschränkung des Abberufungsrechts in sachlicher Hinsicht – höchstens bis zu einem wichtigen Grund – zu ermöglichen.

2. Abberufung durch den Richter

a) Entsprechend der Bestellung kann der einzelne nach schweizerischem Recht auf Grund der klaren Rechtsgrundlage von ZGB 712r II auch hinsichtlich der Abberufung an den Richter gelangen; Voraussetzung ist dabei jedoch, dass die Versammlung trotz des Vorliegens wichtiger Gründe den Verwalter nicht abberuft und der Antragsteller das Begehren innert Monatsfrist einreicht. Der Wille der Mehrheit ist somit nicht allein entscheidend; der richterliche Eingriff in die Autonomie und Selbstbestimmung der Gemeinschaft ist aber nur zulässig, wenn wichtige Gründe vorliegen (ansonsten ist die Minderheit an den Mehrheitsbeschluss gebunden). Die Voraussetzung des Versammlungsbeschlusses ist jedoch m.E. dann zu lockern, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass sich der Verwalter und die Mehrheit der Stockwerkeigentümer weigern, eine Versammlung einzuberufen; in diesem Fall muss der einzelne den Richter direkt um Abberufung angehen können, weil es ihm, besonders im Falle der Dringlichkeit, nicht zuzumuten ist, zuerst auf gerichtliche

201 Vgl. auch den Entscheid des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 12.12.1949, SJZ 1953, 295 f.

Klage hin eine Versammlung zu erzwingen, deren Entscheid praktisch im vorhinein schon feststeht[202].

Ein wichtiger Grund liegt dann vor, wenn dem Betroffenen nach Treu und Glauben eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, weil es am notwendigen Vertrauensverhältnis (reibungsloses Zusammenleben) fehlt[203]. Mit abnehmender Zahl der Antragsteller um Abberufung darf m.E. kein strengerer Massstab an das Vorliegen eines wichtigen Grundes gelegt werden[204].

Der Gesetzeswortlaut gibt einem Dritten kein Abberufungsrecht, obwohl dies v.a. von Bankkreisen gefordert worden ist[205]. Dennoch ist ein solcher Anspruch grundsätzlich anzuerkennen[206]: Dritte können nämlich die Bestellung eines Verwalters beim Richter beantragen, wobei dieser Antrag selbstverständlich die Bestellung einer kompetenten Person beinhaltet (mit den entsprechenden Fähigkeiten und Eigenschaften für den Verkehr mit Gläubigern und anderen Dritten); entstehen Unstimmigkeiten, die das Ausmass eines wichtigen Grundes erreichen, muss der Richter einen anderen Verwalter einsetzen, womit der amtierende als abberufen zu gelten hat.

Eine richterliche Abberufung schliesst die Wiederwahl des abberufenen Verwalters so lange aus, als der wichtige Grund weiterbesteht; andernfalls hätte die Abberufung gar keinen Sinn, weil die betreffende Person mit Stimmenmehrheit einfach wieder neu zum Verwalter bestellt werden könnte.

Formell eine Abberufung durch den Richter liegt auch dann vor, wenn die Stockwerkeigentümer durch Beschluss einen eigenen Verwalter bestellen oder der Richter die Bewilligung zur Abberufung des von ihm eingesetzten gibt (ZGB 712r III); der unentziehbare Anspruch auf Bestellung eines Verwalters verlangt nämlich eine Sicherung dagegen, dass ihn die Stockwerkeigentümer einfach wieder abberufen[207].

b) In Deutschland ist umstritten, ob der Verwalter durch gerichtlichen Beschluss abberufen werden darf. Eine solche Abberufung auf Antrag eines Wohnungseigentümers oder Dritten ist in WEG 26 III nicht vorgesehen und kann auch nicht in diese Bestimmung hineininterpretiert werden[208]; immerhin muss dem Richter ein Abberufungsrecht des von ihm bestellten Verwalters wohl in irgendeiner Form zuerkannt werden, weil sonst – mangels der Abberufungszuständigkeit der Wohnungseigentümer – der gesetzlich nicht unzulässige verwalterlose Zustand nicht mehr erreicht werden könnte. Zwar erlischt nach WEG 26 III das Amt des gerichtlich bestellten Verwalters bei "Behebung des Mangels", doch können sich darüber sowie über die Frage der Dringlichkeit Meinungsverschiedenheiten ergeben, die eine richterliche Klärung erfordern. Vereinzelt wird deshalb festgestellt, dass der Richter

202 So auch Friedrich, § 39, N 17.
203 Es gelten dieselben Grundsätze, wie sie bereits für das deutsche Recht entwickelt worden sind (vorne § 27 III B 1 b aa).
204 A.A. K. Müller, 145; die Zahl kann höchstens insoweit eine Rolle spielen, als eine einmalige grobe Unhöflichkeit gegenüber einem Stockwerkeigentümer noch kein ausreichendes Fehlverhalten im Sinne eines wichtigen Grundes darstellt, während dies bei einer Mehrzahl gegenüber verschiedenen der Fall ist.
205 Markus Lusser, NZZ Nr. 307 vom 25. Januar 1963 (S. 3).
206 Zum Folgenden K. Müller, 145.
207 Vorne § 27 I C 1.
208 Weitnauer/Wirths, § 26, N 5e; Palandt/Bassenge, § 26, N 2a.

dann eingreifen kann, wenn die Nichtabberufung des Verwalters einer ordnungsmässigen Verwaltung, auf die jeder einzelne einen unabdingbaren Anspruch hat (WEG 21 IV), widerspricht[209]. Dieser Auffassung, die zwar der Problematik von WEG 26 III ausweicht, ist zu folgen[210]: Aus der Entstehungsgeschichte von WEG 26 III geht nicht hervor, dass die richterliche Tätigkeit grundsätzlich auf die Bestellung des Verwalters beschränkt werden sollte; deshalb muss es dem Richter möglich sein, neben anderen Massnahmen im Sinne von WEG 21 IV auch einen Verwalter abzuberufen. Der Richter braucht auch nicht die Wohnungseigentümer zur Mitwirkung am Abberufungsbeschluss zu verpflichten[211], sondern er kann die Abberufung des Verwalters direkt aussprechen, wenn dies angesichts der konkreten Umstände – nach pflichtgemässem Ermessen – als sinnvoll erscheint[212].

C Folgen der Beendigung des Verwalterverhältnisses

Je nach der konkreten Beziehung (Arbeitsvertrag, Auftrag) zwischen der Gemeinschaft und dem Verwalter sowie dem Grund der Beendigung (Abberufung) endet auch die Arbeits- sowie Honorarverpflichtung aus dem Vertrag. Ist z.B. die vereinbarte Vertragsdauer noch nicht abgelaufen, stehen der betroffenen Partei Ersatzansprüche (positives Interesse) zu[213].

Die zeitlichen Wirkungen des Beendigungsgrundes gegenüber dem Vertragspartner treten dann ein, wenn er davon Kenntnis erhält (OR 406; BGB 674); bis zu diesem Moment kann der von der Beendigung noch nichts Wissende weiterhin tätig werden. Dritten gegenüber ist der Zeitpunkt massgebend, in dem sie vom Erlöschen der Vollmacht Kenntnis erhalten (OR 37; BGB 170).

Intern geht mit dem Erlöschen der Ausführungsverpflichtung (obligatio faciendi) das Rechtsverhältnis zwischen den Vertragspartnern noch nicht vollständig unter; es werden die verbleibenden Forderungen fällig.

Der Verwalter kann im Normalfall gegenüber der Gemeinschaft insbesondere finanzielle Forderungen erheben:

- ausstehendes Honorar;
- Auslagenersatz (OR 402; BGB 670);
- Befreiung von Verbindlichkeiten;
- Schadenersatz (z.B. wegen Kündigung zur Unzeit).

Der Gemeinschaft stehen gegenüber dem Verwalter neben allfälligen Schadenersatzansprüchen insbesondere Ablieferungsansprüche zu (OR 400 f; BGB 667); so muss der Verwalter nach Erstellung der Schlussrechnung der Gemeinschaft die ihr gehörenden Vermögenswerte herausgeben. Bedeutungsvoller ist aber noch die Ab-

209 Bärmann/Pick, § 26, N 64; wohl auch (wenn zwar unklar) Staudinger/Ring, § 26, N 3; inkonsequent Weitnauer/Wirths, der zwar gestützt auf WEG 21 IV die richterliche Bestellung (§ 26, N 4a), nicht aber die richterliche Abberufung (§ 26, N 5e) anerkennt.
210 So auch – mit analoger Begründung – Merle, Bestellung, 95.
211 In diesem Sinne zu Unrecht Soergel/Baur, § 26, N 12.
212 Bärmann/Pick, § 26, N 64; Merle, Bestellung, 95 f.
213 Vorne § 27 I B 3.

lieferung der Akten, die das Gebäude und die Stockwerkeigentümergemeinschaft betreffen. Dazu gehören jedenfalls[214]:

- Originale des Errichtungsaktes, des Reglementes, der Hausordnung und anderer Vereinbarungen;
- Protokolle der Versammlungen und allfälliger Sitzungen;
- Doppel von Kauf- und Mietverträgen;
- Gegenstände im Eigentum der Gemeinschaft.

Dagegen brauchen Akten, die über die Geschäftsführung des Verwalters Auskunft geben (Buchhaltung, Korrespondenz), vorerst nicht abgeliefert zu werden (Sicherung des Beweises der Amtsführung für den Verwalter)[215]. Hingegen sind dann sämtliche Akten herauszugeben, wenn gegenüber dem Verwalter die vollständige Décharge erklärt worden ist, weil sie als Verzicht auf mögliche Haftungsansprüche aus unsorgfältiger Geschäftsführung zu werten ist[216].

Auch nach Beendigung des Verwaltervertrages verlangt das Treueverhältnis zwischen der Gemeinschaft und dem Verwalter, dass dieser sich später für wichtige Auskünfte zur Verfügung hält und in geheimhaltungswürdigen Angelegenheiten Schweigen übt.

§ 28 Aufgaben des Verwalters

I Die Kompetenzausscheidung

Der Verwalter ist ausführendes Organ; die Versammlung der Stockwerkeigentümer ist ihm übergeordnet, weshalb er nur die ihm zugeteilten Kompetenzen ausüben und keine zusätzlichen an sich ziehen kann. Es ist für den Verwalter deshalb wichtig, zu wissen, welche Befugnisse in seinen Zuständigkeitsbereich fallen.

Die grösste Klarheit wird mit einem ausführlichen Kompetenzkatalog erreicht. Abgesehen davon, dass dieses Vorgehen unter Umständen die Gemeinschaftsordnung, das Reglement und den Verwaltervertrag stark belastet, erwächst auch das Risiko, dass gewisse Fälle nicht erfasst werden, dass also ein negativer Kompetenzkonflikt entsteht. Die Gemeinschaft wird deshalb nicht darum herumkommen, Teilgeneralklauseln zu statuieren. Eine genaue und wohlüberlegte Abgrenzung der gegenseitigen Befugnisse und Aufgaben ist jedenfalls für das spätere reibungslose Zusammenleben von entscheidender Bedeutung.

214 K. Müller, 150.
215 K. Müller, 150; Bundesgericht, 13.7.1956, SemJud 1958, 520 f.
216 Der Verwalter kann aber zu Beweiszwecken Photokopien erstellen lassen.

A Die Zuständigkeit der Stockwerkeigentümerversammlung

ZGB 712m I bzw. WEG 21 I, V zählen Aufgabenbereiche auf, über welche die Stockwerkeigentümerversammlung entscheiden kann. Die Abänderbarkeit dieser Kataloge ist beschränkt durch die Mindestbefugnisse der Versammlung, auf die sie in ihrer Stellung als oberstes Organ nicht verzichten kann: Zum einen handelt es sich um die Anordnung genereller und konkreter Massnahmen, bei denen das Gesetz zwingend eine Mehrheit oder sogar eine qualifizierte Mehrheit von Stockwerkeigentümern voraussetzt, zum andern sind es die Wahl- und Überwachungsfunktionen, die der Gemeinschaft zustehen (Wahl und Abberufung eines Verwalters und eines Ausschusses, Genehmigung des Kostenvoranschlages und der Jahresrechnung, Anordnung der Bildung eines Erneuerungsfonds)[1]. Die Mindestbefugnisse der Versammlung bieten den einzelnen Stockwerkeigentümern – neben den ihnen zustehenden unabdingbaren Rechten[2] – die Gewähr dafür, dass sie an der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zumindest hinsichtlich der Grundentscheidungen beteiligt sind[3].

K. Müller[4] geht im einzelnen von der Unterscheidung in ordentliche und ausserordentliche Verwaltungshandlungen aus; Akte der ordentlichen Verwaltung sind die wiederkehrenden, alltäglichen Massnahmen, die keiner besonderen Beschlüsse bedürfen, weshalb sie dem Verwalter zustehen; ausserordentlich sind jene Handlungen, die nicht eine notwendige und normale Folge des gewöhnlichen Gebrauchs und der Nutzung sind. Dieser Unterscheidung darf aber m.E. höchstens der Charakter einer allgemeinen, im Einzelfall auch nicht zu folgenden Richtlinie zuerkannt werden[5]. Es ist sicherer, auf Grund der konkreten Massnahme deren Art und Charakter abzuschätzen und dann die betreffende Kompetenzausscheidung zu treffen.

Anderseits kann die Stockwerkeigentümergemeinschaft auch nicht alle Kompetenzen an sich ziehen; dem Verwalter stehen unter Umständen gewisse Mindestbefugnisse zu[6].

B Die Zuständigkeit des Ausschusses

Der Ausschuss ist ein fakultativ zu bestellendes Organ. Gewöhnlich kommen ihm in der Praxis keine Entscheidungskompetenzen und -rechte zu, sondern er hat mehr beratende und überwachende Funktion[7]. Falls er besondere Aufgaben übertragen erhält, die mit dem Tätigkeitsbereich des Verwalters in Konflikt kommen könnten, ist eine sorgfältige vertragliche Kompetenzabgrenzung vorzunehmen; dabei kann

1 Vorne § 20 I.
2 Eingehend vorne § 20 IV A.
3 Vorne § 20 I.
4 K. Müller, 119 f.
5 Davon scheint K. Müller (120) ebenfalls auszugehen, auch wenn er der Abgrenzung mehr Gewicht als vorliegend beimisst.
6 Nachstehend II.
7 Vorne § 25 III.

der Ausschuss in jenen Sachfragen nicht zuständig sein, die zu den Mindestbefugnissen des Verwalters gehören.

C Zuständigkeit der Stockwerkeigentümer

Im Bereich der Sonderrechte der einzelnen Stockwerkeigentümer stehen dem Verwalter keine Befugnisse zu; ausgenommen davon ist der Fall, dass die Verwaltung der gemeinschaftlichen Teile unweigerlich Eingriffe in das Sonderrecht mitbringt (z.B. Betretungsrecht bei drohenden Schäden). Ebenso kann der Verwalter die Ausübung der Sonderrechte hinsichtlich Nutzung und Gebrauch einschränken, wenn ihm die entsprechende Kompetenz von der Stockwerkeigentümerversammlung eingeräumt worden ist (z.B. Erlass einer Hausordnung).

Mögliche Kompetenzüberschneidungen ergeben sich vor allem dort, wo nicht – wie gewöhnlich – der Gemeinschaft, sondern den einzelnen Stockwerkeigentümern Verwaltungskompetenzen zukommen. Dies ist beim unentziehbaren Anspruch auf Vornahme der dringlichen Massnahmen (ZGB 647 II 2; WEG 21 II) der Fall. Wegen seines zwingenden Charakters wird dieses Recht auch durch die Verwalterbestellung nicht suspendiert; dennoch ist es aus praktischen Gründen sinnvoll, dem Verwalter im konkreten Fall die Priorität einzuräumen, sofern er sie auszuüben vermag und dazu gewillt ist: Die Kompetenz des Verwalters geht also insoweit vor, als, sofern es die Zeit erlaubt, der Stockwerkeigentümer – verfahrensrechtlich – vorerst die allfälligen Schäden dem Verwalter zu melden hat und nur, wenn dieser unerreichbar ist oder das Notwendige nicht veranlasst, selbständig tätig werden darf[8].

Im schweizerischen Recht bietet sich noch als weitere Kompetenzüberschneidungsmöglichkeit das Recht des Stockwerkeigentümers auf Vornahme der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen an (ZGB 647a). Es ist aber allgemein anerkannt[9], dass die Zuständigkeit des einzelnen hinsichtlich der ganzen Sache für Massnahmen von geringer Tragweite durch Mehrheitsbeschluss abgeändert werden kann: Mit der Einsetzung des Verwalters ist er als besonderes Organ mit der ordentlichen Verwaltung betraut, womit eine Kompetenzübertragung stattgefunden hat, die den einzelnen der Berechtigung zur Vornahme gewöhnlicher Verwaltungshandlungen beraubt.

II Mindestbefugnisse des Verwalters

1. Die Bedeutung des Verwalters wird im deutschen Recht dadurch unterstrichen, dass ihm Mindestbefugnisse zukommen: Die Befugnisse und Aufgaben, die WEG 27 I und II exemplifikatorisch aufzählen, dürfen ihm nicht entzogen werden; sie

8 So die einhellige Ansicht in der schweizerischen und deutschen Lehre (vgl. die Literaturzitate vorne § 17 II B und § 18 II).
9 Eingehender dazu vorne § 17 IV A (mit Literaturhinweisen).

können also weder durch Vereinbarungen der Wohnungseigentümer untereinander noch durch Abreden mit Dritten beschränkt werden (WEG 27 III)[10].

2. Im schweizerischen Recht fehlt eine Bestimmung, wonach dem Verwalter zwingend gewisse Mindestbefugnisse zukommen. Es fragt sich deshalb, ob aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ein solcher Grundsatz herauszulesen ist. Davon geht K. Müller[11] aus, ohne aber seine Ansicht näher zu begründen.

M.E. muss als Ausgangspunkt genommen werden, dass die Stockwerkeigentümer nicht verpflichtet sind, einen Verwalter zu bestellen. Wenn sie nun schon überhaupt auf einen Verwalter verzichten können, so erscheint es als minus in maiore ebenso zulässig, einen Verwalter mit beschränkten Befugnissen einzusetzen (statt keinen zu bestellen)[12]. Will man, um Missverständnisse zu vermeiden, das Wort "Verwalter" nicht verwenden, so hat die Stockwerkeigentümergemeinschaft lediglich eine bestimmte Person mit der Erfüllung einer umschriebenen Verwaltungshandlung beauftragt.

Wird ein Verwalter von der Versammlung ohne weitere Abreden bestellt, so kommen ihm die Aufgaben und Befugnisse gemäss ZGB 712s und t zu; man kann dabei aber weniger von Mindestbefugnissen als von der gesetzlich umschriebenen Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht sprechen.

Etwas anderes ergibt sich bei der richterlichen Bestellung: In diesem Fall darf der gesetzlich umschriebene Umfang der Verwalterkompetenzen nicht beschränkt werden; entgegenstehende Vereinbarungen sind ebenso unbeachtlich wie die Anordnung, dass die Gemeinschaft auf die Bestellung eines Verwalters überhaupt verzichte; andernfalls könnte der unentziehbare Anspruch auf Bestellung eines Verwalters durch eine entsprechend enge vertragliche Umschreibung seiner Pflichten und Aufgaben faktisch unterhöhlt werden[13]. Im Rahmen der richterlichen Bestellung handelt es sich also bei den gesetzlichen Anordnungen um Mindestbefugnisse des Verwalters.

3. Sowohl im schweizerischen wie im deutschen Recht ist eine vertragliche Erweiterung der Verwalterkompetenzen zulässig[14]; eine Grenze ist aber dort gegeben, wo unentziehbare Aufgaben, Befugnisse und Mitwirkungsrechte der einzelnen Stockwerkeigentümer tangiert werden (z.B. Individualansprüche, Versammlungsentscheidungen). Eine Erweiterung ist somit dann nicht mehr zulässig, wenn die Verwaltungsbefugnisse der Stockwerkeigentümer durch die überaus starke Betonung der Stellung des Verwalters praktisch gegenstandslos werden[15].

10 Statt vieler: Bärmann/Pick, § 26, N 3 und § 27, N 2, 4, 10; Weitnauer/Wirths, § 27, N 1, 14; Hauger, 251 f.

11 K. Müller, 87, 121; er scheint dabei von Bärmann und dem deutschen Recht beeinflusst worden zu sein; insbesondere erfordert der jedem Stockwerkeigentümer unentziehbar zukommende Anspruch auf Bestellung eines Verwalters nicht, dass diesem auch bei einer Ernennung durch die Versammlung gewisse Mindestbefugnisse zukommen, sondern lediglich bei der richterlichen Bestellung auf Antrag eines einzelnen.

12 So auch Friedrich, § 42, N 12.

13 Friedrich, § 42, N 12.

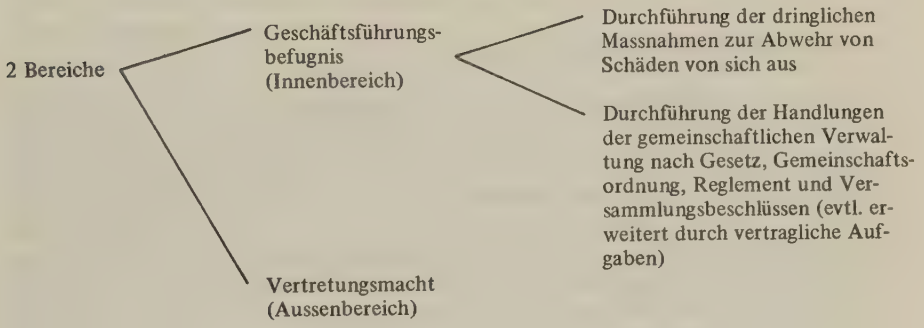
14 Friedrich, § 42, N 13; Bärmann/Pick, § 26, N 3.

15 Bärmann/Pick, § 26, N 77.

III Überblick über die Aufgaben des Verwalters

A Allgemeines

1. Der Aufgabenkreis des Verwalters bezieht sich sowohl auf den Innen- wie den Aussenbereich; sein Tätigkeitsgebiet ergibt folgendes Bild:



2. Das deutsche Recht gibt hinsichtlich der Zuständigkeit des Verwalters einen Aufgabenkatalog (WEG 27 I; zusätzlich zu berücksichtigen sind im Hinblick auf die Geldverwaltung WEG 27 IV und 28). Demgegenüber werden im schweizerischen Recht in eher allgemein gefassten Bestimmungen einige wirtschaftlich-finanzielle sowie einige Kontrollfunktionen des Verwalters erwähnt (ZGB 712s II und III). Der Aufgabenbereich des Verwalters einer Stockwerkeigentümergemeinschaft entspricht umfangmässig nicht der Geschäftsführung des Verwaltungsrates einer kapitalistisch organisierten Gesellschaft (AG, GmbH). Die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist auch nur ein Zusammenschluss im Hinblick auf das Haben, Nutzen und Verwalten von Vermögenswerten (ohne eigentliche affectio societatis[16]); dennoch muss man, vor allem bei grösseren Gemeinschaften, angesichts der überwiegend kostspieligen Gemeinschaftseinrichtungen bis zu einem gewissen Grade von Zweckverfolgung und mithin von – beschränkter – Geschäftsführung sprechen[17,18].

Das Verwalten bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft ist also im grossen ganzen nicht deren Zweck (wie etwa die Geschäftstätigkeit bei wirtschaftlichen Gesellschaften), sondern überwiegend notwendiger Ausfluss der Existenz[19]; die Gemeinschaftlichkeit bezieht sich im wesentlichen auf die gemeinsame dingliche Berechtigung an einem Grundstück und die Verwaltung somit auf eine möglichst sinnvolle Nutzung und Erhaltung der gemeinschaftlichen Einrichtungen. Dementsprechend erstrecken sich die Verwaltungsaufgaben so weit, als es für den Bestand

16 Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 1, N 67, 73.
17 Dazu Weber, SJZ 1979, 119.
18 Zu Unrecht lehnt Ch. Müller (17 f) den Begriff der Geschäftsführung vollständig ab.
19 Vgl. Mathys, 283.

und das Funktionieren der Gemeinschaft notwendig ist[20], als es sich um gemeinschaftliche Interessen schlechthin handelt[21].

3 Die Geschäftsführungsbefugnis des Verwalters bedeutet zugleich eine Geschäftsführungspflicht[22]. Durch die Bestellung wird der Verwalter zur Ausübung der ihm zugestandenen Kompetenzen verpflichtet, weshalb er nicht nach Belieben von seinen Rechten Gebrauch machen kann.

B Innenverhältnis (Geschäftsführungsbefugnis)

1. Das Innenverhältnis bezieht sich auf den Tätigkeitsbereich des Verwalters gegenüber den Stockwerkeigentümern (ohne Aussenkontakt). Umschrieben werden seine Aufgaben in ZGB 712s und WEG 27 I. Soweit es sich nicht um Mindestbefugnisse handelt, die ihm nicht entzogen werden können, ist sein Geschäftsführungsrecht im Innern beschränkbar, indem sich für gewisse Aufgaben die Genehmigung der Versammlung vereinbaren oder die Gemeinschaft überhaupt für zuständig erklären lässt. Insbesondere kann eine Beschränkung intern dadurch erreicht werden, dass die Ausgabenkompetenz des Verwalters ziffernmässig limitiert wird[23]. Solche Beschränkungen entfalten aber nach aussen keine Wirkungen, weil es an der Möglichkeit der öffentlichen Bekanntmachung fehlt und Dritte darauf vertrauen dürfen, dass der Verwalter im Rahmen der normalen Verwaltungsgeschäfte vertretungsermächtigt ist.

2. Die Aufgaben des Verwalters sind ausserordentlich mannigfaltig[24]. Eine Gliederung kann dabei nach verschiedenen Faktoren vorgenommen werden, denn aus dem Gesetz ergeben sich keine konkreten Anhaltspunkte.

- Unterscheiden lässt sich in erster Linie nach den gesetzlichen und den vertraglichen Kompetenzen[25]; die letzteren bedürfen einer entsprechenden Grundlage. Zu den gesetzlichen Aufgaben gehören vor allem die Ausführungs- und Kontrollhandlungen sowie die finanziell-wirtschaftlichen Funktionen. Vertragliche Pflichten können im Zusammenhang mit der Organisation der Versammlung und dem Ausbau der Rechtsstellung im Innern der Gemeinschaft (Aufstellen der Hausordnung, Anstellen eines Hauswartes, Schlichtung von Streitigkeiten, Sanktionen gegen Stockwerkeigentümer) begründet werden.
- Von den eigentlichen Verwaltungsaufgaben lassen sich die judikativen (Streiterledigung) und legislativen (Aufstellen einer Hausordnung) Funktionen trennen. Innerhalb der Verwaltungsaufgaben kann aufgeteilt werden in die rein ausführenden Akte (Einziehung von Beiträgen) und die gestaltenden Massnahmen (Verwaltung des Erneuerungsfonds), zu denen der Verwalter nur dem Grundsatze nach verpflichtet ist.

20 Mathys, 283.
21 Eingehend Weber, SJZ 1979, 122 f.
22 K. Müller, 119; Bärmann/Pick, § 27, N 11.
23 Friedrich, § 42, Abs. 3.
24 Eingehend dazu nachfolgend IV.
25 K. Müller, 121 ff.

– Mathys[26] unterteilt die Verwalteraufgaben in drei Bereiche, nämlich in die formellen, finanziellen und faktischen Funktionen. Zu den formellen Aufgaben gehören insbesondere die Handlungen im Zusammenhang mit der Organisation der Stockwerkeigentümergemeinschaft (z.B. Leitung und Einberufung der Versammlung), die finanziellen Aufgaben umfassen die vielfältigen Massnahmen im Zusammenhang mit der Verwaltung und Verwendung der gemeinschaftlichen Gelder und die faktischen Aufgaben schliesslich beinhalten die verbleibenden Handlungspflichten (nicht finanzielle Verwaltungstätigkeit, insbesondere Ausführungs- und Kontrollfunktionen).

Ob eine Unterteilung der Verwalteraufgaben vorgenommen werden soll und welche Gliederung allenfalls zweckmässig ist, erscheint direkt von sehr kleiner rechtlicher Relevanz. Als Vorteil ist aber immerhin zu werten, dass eine Aufzählung den Aufgabenbereich verdeutlichen hilft und den Stockwerkeigentümern plastisch aufzeigt, welchen Anforderungen der Verwalter zu genügen hat, damit eine fachkundige Verwaltung gewährleistet wird.

Der Entscheid in dieser Arbeit zugunsten der Unterteilung in die formellen, finanziellen und faktischen Funktionen (wobei die faktischen noch weiter zu gliedern sein werden) erfolgt nicht zuletzt im Hinblick auf die m.E. anzunehmenden rechtlichen Folgen bei der Beurteilung des Ausmasses der durch den Verwalter zu beobachtenden Sorgfalt[27]. Das Auftragsrecht verweist diesbezüglich auf den Arbeitsvertrag (OR 398 I), weshalb die Art der Anstellung keine Rolle spielt. Nach OR 321e II bestimmt sich das Mass der Sorgfalt, für die vom Arbeitnehmer einzustehen ist, nach dem konkreten Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers[28]. Wählt nun die Verwaltung einen in finanziellen Fragen ausgewiesenen Fachmann, dürfen zwar bei der Finanzverwaltung hohe Anforderungen gestellt werden, während sich Fachkenntnisse im Bereich der faktischen Verwaltung nicht voraussetzen lassen; demgegenüber kann von einem Handwerker, der im Hinblick auf die vielfältigen Hauswartsarbeiten angestellt wird, nicht erwartet werden, dass er in finanziellen Angelegenheiten umfassend beschlagen ist.

C Aussenverhältnis (Vertretungsmacht)

1. Sowohl das schweizerische wie das deutsche Recht enthalten eine gesonderte Bestimmung zur Vertretungsmacht (ZGB 712t; WEG 27 II). Der Verwalter vertritt die Stockwerkeigentümergemeinschaft in allen Angelegenheiten, die in den Bereich seiner gesetzlichen Aufgaben fallen.

Der Verwalter ist nach herrschender schweizerischer Lehre kein gesetzlicher Vertreter der Stockwerkeigentümergemeinschaft. Vielmehr kommt seine Stellung der eines Beauftragten mit gesetzlicher Vertretungsmacht gleich[29], die sich auf die Ver-

26 Mathys, 284 ff.
27 Dazu auch Mathys, 286 f.
28 Für das deutsche Recht vgl. BGB 276 und die Kommentatoren dazu.
29 von Tuhr/Peter, 378.

tretung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten beschränkt[30]. Ähnlich argumentieren in Deutschland Bärmann/Pick[31]: Es handle sich um eine gesetzliche Vermutung der Bevollmächtigung, wobei die Vertretungsbefugnis des Verwalters (also die vermutete Vertretungsmacht) für alle Wohnungseigentümer gelte, auch für die in Versammlungsbeschlüssen überstimmte Minderheit und die Abwesenden. Demgegenüber geht die Mehrheit der Lehre davon aus, der Verwalter sei ein gesetzlicher Vertreter "in beschränktem Umfange"[32]; dabei wird jedoch m.E. verkannt, dass die Rechtsstellung des gesetzlichen Vertreters nur bei beschränkt oder völlig handlungsunfähigen Personen zu finden ist[33]; weil die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer keine juristische Person ist, kommt dem Verwalter auch keine Organstellung zu (er handelt nur organähnlich).

Unabhängig davon, wie die Verwalterstellung dogmatisch begründet wird, ist in der Lehre allgemein anerkannt, dass sich aussenstehende Dritte darauf verlassen dürfen, dass Rechtsgeschäfte, die der Verwalter im Namen der Gemeinschaft abschliesst und die im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltungstätigkeit liegen, die Stockwerkeigentümer binden[34]. Um allfällige Zweifel am Umfang der Vertretungsmacht des Verwalters zu klären, kann er nach deutschem Recht die Ausstellung einer Vollmachtsurkunde verlangen (WEG 27 V)[35]. Im übrigen ist im Streitfalle der Anschein (OR 33)[36] bzw. der Rechtsschein (BGB 166) massgebend. Daraus erhellt, dass die Rechtssituation im Aussenverhältnis der vertraglichen Regelung entzogen ist; eine eingehende Darstellung würde deshalb den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen; weil insoweit aber Reflexwirkungen eintreten können, als die Stockwerkeigentümer für Verpflichtungen aus extern vertretbaren, intern aber kompetenzüberschreitenden Rechtsgeschäften einstehen müssen, was sich nur durch bestimmte Präventivmassnahmen (z.B. Ausstellung einer zwingend vorzulegenden Vollmachtsurkunde, die über den Umfang der Vertretungsbefugnis Aufschluss gibt) in Schranken halten lässt, wird im folgenden ein knapper Überblick gegeben.

2. Im Gegensatz zur nicht unproblematischen Regelung von WEG 27 I und II ist nach ZGB 712t I klar, dass sich die Vertretungsmacht auf alle Handlungen der gemeinschaftlichen Verwaltung erstreckt. Die Lehre[37] geht deshalb davon aus, dass der interne und der externe Bereich grundsätzlich miteinander übereinstimmen, vorbehältlich der Führung von ordentlichen Zivilprozessen (ZGB 712t II), wobei diese Einschränkung angesichts der Bedeutung der Massnahme (Prozesskostenrisiko) gerechtfertigt erscheint. Immerhin ist nicht zu übersehen, dass die Parallelität nicht zwangsläufig gegeben sein muss, weil die Ermächtigung im Innenverhältnis enger sein kann, als dies nach aussen dem Dritten gegenüber zum Ausdruck kommt

30 K. Müller, 87; BBl 1962 II 1494.
31 Bärmann/Pick, § 27, N 33, 37.
32 Vgl. Weitnauer/Wirths, § 27, N 6; Palandt/Bassenge, § 27, N 1; Staudinger/Ring, § 27, N 18; Erman/Westermann, § 26, N 5; eingehend auch Merle, Bestellung, 10 ff.
33 von Tuhr/Peter, 208.
34 Friedrich, § 44, N 16, 20; K. Müller, 135; Mathys, 284.
35 Zur Vollmachtsurkunde vgl. etwa Bärmann/Pick, § 27, N 77 ff und Weitnauer/Wirths, § 27, N 19.
36 Guhl/Merz/Kummer, 153.
37 BBl 1962 II 1494; Friedrich, § 44, N 6; K. Müller, 135; Mathys, 282.

(z.B. tiefe Begrenzung der Ausgabenkompetenz, von der ein Dritter nichts wusste); in concreto braucht also das betreffende Rechtsgeschäft nicht oder nur teilweise dem Willen der Stockwerkeigentümergemeinschaft zu entsprechen[38]. Der Dritte darf sich auf die Vertretungsbefugnis des Verwalters aber verlassen, wenn das Rechtsgeschäft die gemeinschaftliche Verwaltung betrifft und anzunehmen ist, es liege innerhalb der gesetzlichen Verwalteraufgaben (ZGB 712t I schafft den Tatbestand des Gutglaubensschutzes)[39].

Hingegen herrscht über den Umfang der Vertretungsmacht in der Lehre keine Einigkeit: Auf der einen Seite wird sie derjenigen des Handlungsbevollmächtigten[40], auf der anderen derjenigen des Prokuristen gleichgestellt[41]. Der Handlungsbevollmächtigte ist zuständig für die Geschäfte, die der Betrieb gewöhnlich mit sich bringt (OR 462); Übung und Erfahrung bestimmen dabei den gewöhnlichen Rechtsgeschäftsbereich[42]. Demgegenüber darf der Prokurist alle Geschäfte besorgen, die der Zweck des Gewerbes mit sich bringen kann (OR 459); die Praxis hat überdies den möglichen Rahmen relativ weit interpretiert, indem bei dem betreffenden Rechtsgeschäft der Geschäftszweck nicht gerade ausgeschlossen sein darf[43]. Der Umfang der Vertretungsbefugnis ist also beim Handlungsbevollmächtigten wesentlich enger; eine solche Einschränkung der Vertretungsmacht verträgt sich jedoch kaum mit der zentralen Stellung des Verwalters in der Stockwerkeigentümergemeinschaft, weshalb er auch zu Handlungen berufen sein muss, die ausserhalb der gewöhnlichen Verwaltung liegen[44].

Umstritten ist weiter, ob die Vertretungsmacht exklusiv ist[45] oder nicht[46]. Die Exklusivität lässt sich m.E. nicht damit begründen, dass der Gesetzgeber eine eindeutige Kompetenzabgrenzung habe vornehmen wollen und dass dem Verwalter bestimmte Mindestbefugnisse zukommen[47]. Vielmehr kann, auch wenn die Kompetenz des Verwalters bei dringlichen und gewöhnlichen Massnahmen vorgeht, die Zuständigkeit einzelner gesetzlich (z.B. dringliche Anordnungen bei Untätigkeit des Verwalters) oder vertraglich (z.B. Ausschuss, Abgeordneter, Dritter hinsichtlich bestimmter Geschäfte) ebenfalls gegeben sein.

3. Im deutschen Recht hat insbesondere das Verhältnis von WEG 27 I und II zu Problemen geführt: Dass der Verwalter im Rahmen der Aufzählung von WEG 27 II vertretungsbefugt ist, erscheint selbstverständlich, doch ist nicht klar, ob er auch zu Rechtsgeschäften mit Dritten bei der Ausübung der Verwaltungshandlungen gemäss WEG 27 I berechtigt ist[48]. Wenn der Verwalter auftragsgemäss und mit der üblichen Sorgfalt die Aufgaben von WEG 27 I den Wohnungseigentümern gegenüber zu er-

38 K. Müller, 135 sowie Bürgi, Art. 718, N 4 (für die AG).
39 Eingehend dazu Frei, 118.
40 K. Müller, 136; früher auch Friedrich, ZSR 1956, 211a.
41 Liver, ZbJV 1965, 310; Friedrich, § 44, N 5.
42 Gautschi, Art. 462, N 8b; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 5, N 250 ff.
43 Bundesgericht, 9.3.1912, BGE 38 II 105; Gautschi, Art. 459, N 1b; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht, § 5, N 219 ff.
44 Liver, ZbJV 1965, 311; Frei, 120, Anm. 79; Weber, SJZ 1979, 117 f.
45 K. Müller, 132 f; Frei, 111 f, wenn auch selber wieder einschränkend.
46 Mathys, 284.
47 So zu Unrecht K. Müller, 132 f; er übersieht zudem, dass im schweizerischen Recht nur beschränkt von Mindestbefugnissen gesprochen werden kann (vgl. dazu vorne § 20 IV B 2).
48 So Bärmann/Pick, § 27, N 11; widersprüchlich Weitnauer/Wirths, § 27, N 3 und N 6.

füllen hat, so muss ihm die Macht gegeben sein, alles zur Durchführung dieser Aufgaben zu tun; dazu gehören auch Rechtsgeschäfte mit Dritten, z.B. Verträge zur Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Gebäudes. Ebenfalls aus WEG 27 I spricht somit die Vermutung für die Befugnis des Verwalters, im Rahmen dieser Aufgaben zu handeln[49].

IV Aufgaben des Verwalters, insbesondere die Finanzverwaltung

Die Aufgaben des Verwalters sind, vor allem in grösseren Gemeinschaften, vielfältig[50]; die Tätigkeitsbereiche können dabei auf verschiedene Weise gegliedert werden; im folgenden wird, wie bereits dargetan[51], von der Unterteilung in die formellen, finanziellen und faktischen Verwaltungsaufgaben ausgegangen.

A Formelle Verwaltungsaufgaben

Zu den formellen Verwaltungsaufgaben gehören etwa:

- Einberufung der Versammlung[52];
- Leitung der Versammlung[53];
- Protokollierung der Versammlungsbeschlüsse[54];
- Aktenführungspflicht hinsichtlich der Verwaltungstätigkeit (Bücher, Protokolle, Register)[55];
- ordnungsgemässe Aufbewahrung der Verwaltungsakten;
- Auskunftspflicht gegenüber den Stockwerkeigentümern im Rahmen bestimmter gemeinschaftlicher Angelegenheiten[56] sowie Gewährung des Einblickes in die einschlägigen Bücher und Akten, soweit ein berechtigtes Interesse besteht (vgl. OR 400);
- Aufbewahrung aller auf das Gebäude bezüglichen Akten (Architektur- und Baupläne, Unterlagen über Belastungsverhältnisse).

Obwohl diese Aufgaben nicht in ZGB 712s/WEG 27 I aufgeführt sind, handelt es sich nicht grundsätzlich um vertragliche Kompetenzen[57]. Beispielsweise wird die Zuständigkeit des Verwalters zur Einberufung und Leitung der Versammlung von

49 Eingehend zur weiteren Begründung Bärmann/Pick, § 27, N 11.

50 Zu den Aufgaben des Verwalters vgl. allgemein Friedrich, § 43; K. Müller, 122 ff; Liver, SPR V/1, 142 f; Michaud, 69 ff; Peter-Ruetschi, 45; Mathys, 282 ff; Kurt Meyer, Die Verwaltung von Stockwerkeigentum, NZZ vom 6.1.1971 (Nr. 7, S. 13); Bärmann/Pick, § 27, N 13 ff (v.a. N 25) und KK, 129 f; Weitnauer/Wirths, § 27, N 2 ff; Schwarz, 63 ff.

51 Vorne § 28 III B 2.

52 Vorne § 22 I A 1.

53 Vorne § 22 III.

54 Vorne § 22 V.

55 Zur Führung von Geschäftsbüchern im Sinne von OR 962 ist der Verwalter der Stockwerkeigentümergemeinschaft jedoch nicht verpflichtet; es muss aber verlangt werden, dass die Aktenführungspflicht und die Aufbewahrung sorgfältig und übersichtlich vorgenommen werden.

56 Vorne § 21 V 4.

57 A.A. zu Unrecht K. Müller, 129; es ist schwer verständlich, weshalb K. Müller schreiben konnte. die Zuständigkeit des Verwalters werde von Gesetzes wegen vermutet, und er dieses Beispiel dennoch unter die vertraglichen Kompetenzen einräumte.

Gesetzes wegen vermutet (ZGB 712n I; WEG 24 I, V), sofern nichts anderes beschlossen wird, weshalb es sich um eine gesetzliche Kompetenz handelt. Zur Person des die Versammlungsbeschlüsse Protokollierenden äussert sich das Gesetz nicht (ZGB 712n II; WEG 24 VI); weil der Verwalter das Protokoll jedenfalls zu unterschreiben hat, ist er letztlich für die Erstellung verantwortlich. Ebenso ist die Aufbewahrungspflicht (im vorliegenden beschränkten Umfange) eine notwendige Bedingung der Abwicklung des Verwaltungsbetriebes überhaupt. Ein minimales Auskunfts- und Einsichtsrecht der Stockwerkeigentümer ergibt sich zwingend aus ihrer Stellung als Mitglieder der Gemeinschaft (Teilnahmerecht im weiteren Sinne)[58]; vertraglich können diese Rechte jedoch ausgedehnt werden und lässt sich das allfällige formelle Vorgehen regeln. Auf einer besonderen Abrede muss auch die Pflicht zur Aufbewahrung der "Ursprungspapiere" begründet sein, weil diese nicht in den Rahmen der laufenden Verwaltungstätigkeit fällt.

Die formellen Verwaltungsaufgaben zeichnen sich im allgemeinen jedoch dadurch aus, dass sie vertraglich auf eine andere Person als den Verwalter übertragen werden können; es handelt sich – überwiegend – nicht um gesetzlich zwingend dem Verwalter zukommende Befugnisse. Das Einberufungsrecht lässt sich – neben dem unabdingbaren Recht der Minderheit (ZGB 64 III i.V.m. ZGB 712m II; WEG 24 II)[59] – auf ein anderes Organ übertragen[60], was aber meist wenig sinnvoll sein dürfte. Hingegen erscheint es, vor allem in grösseren Gemeinschaften, zweckmässig, die Leitung und Protokollierung der Versammlung nicht dem Verwalter zu überlassen, sondern je eine unabhängige Person zu bestimmen: Die Versammlung ist nämlich als Aufsichtsinstanz dem Verwalter übergeordnet und es widerspricht der landläufigen Auffassung, dass eine Person einem Organ vorsteht, dem er in seiner ausführenden Tätigkeit unterstellt ist[61]. Ausschlaggebend sind in dieser Frage die konkreten Verhältnisse; handelt es sich um einen berufsmässigen Verwalter, wird er oft über die meiste Erfahrung für eine einwandfreie und rasche Abwicklung der Geschäfte verfügen; hegen die Stockwerkeigentümer demgegenüber Zweifel an der Sorgfalt und Ehrlichkeit der Verwaltungsführung, empfiehlt sich ein neutraler Versammlungsleiter, damit allfällige Unebenheiten nicht geschickt überspielt werden.

B Finanzielle Verwaltungsaufgaben

Der Finanzverwaltung kommt beim Stockwerkeigentum eine ganz erhebliche Bedeutung zu; die Beteiligten verfügen nicht einfach nur über ein Vermögenspapier (als Kapitalanlage), um das sie sich nicht so stark kümmern (wie z.B. oft um eine Aktie), sondern sie sind gemeinsam Miteigentümer und sehen direkt, wie mit den von ihnen einbezahlten Beiträgen verfahren wird. Die Stockwerkeigentümer haben auch nicht nur eine leicht verbesserte Mieterstellung, sondern sie wollen im Normal-

58 Vorne § 21 V 4.
59 Vorne § 22 I A 2.
60 Die Abdingbarkeit ergibt sich im schweizerischen Recht direkt aus dem Wortlaut von ZGB 712n I, im deutschen Recht aus WEG 24 I i.V.m. WEG 10 I 2.
61 K. Müller, 129.

fall als Eigentümer mitbestimmen. Dem Verwalter kommt deshalb in diesem Bereich eine sehr verantwortungsvolle Aufgabe zu, besonders dann, wenn die Interessen der einzelnen Stockwerkeigentümer auseinandergehen; diese Situation kann etwa eintreten, falls einige wohlsituierte Mitglieder der Gemeinschaft einfach eine effiziente Verwaltung anstreben, unabhängig davon, wieviel dies kostet, während anderen Stockwerkeigentümern eher an einer billigen Verwaltung, an der sie selbst möglichst viel mitwirken, gelegen ist[62].

Die gesetzliche Aufgabenumschreibung ist, vor allem im schweizerischen Recht, eher knapp gehalten (ZGB 712s II; WEG 27 IV, 28). Je nach den konkreten Umständen und den Vorstellungen der Stockwerkeigentümergemeinschaft drängen sich deshalb vertragliche Konkretisierungen auf; jedenfalls empfiehlt es sich, wenigstens im Verwaltervertrag die einzelnen Pflichten des Verwalters genauer zu umschreiben; diese können aber auch – in den Grundsätzen – bereits in der Gemeinschaftsordnung oder im Reglement verankert werden, damit die Kontinuität in der Verwaltung unabhängig von der Person des Verwalters erhalten bleibt.

Im folgenden soll nun ein knapper Überblick über die Aufgaben des Verwalters in finanziell-wirtschaftlicher Hinsicht gegeben werden.

1. Erstellung einer Jahresabrechnung und eines Kostenvoranschlages

a) Das schweizerische Recht sieht die Aufgabe des Verwalters, eine Jahresabrechnung und einen Kostenvoranschlag (Budget, Wirtschaftsplan) zu erstellen, in ZGB 712s II nicht ausdrücklich vor[63]; ZGB 712m I 4 überträgt zwar die Kompetenz zur Genehmigung dieser Rechnungen der Stockwerkeigentümerversammlung, doch bedeutet dies nur, dass zwingend kein anderes Organ dafür zuständig sein kann, und nicht, dass der Verwalter die entsprechenden Papiere tatsächlich vorlegen muss. Dennoch ist m.E. davon auszugehen, dass die Pflicht des Verwalters zur Erstellung einer Jahresabrechnung und eines Kostenvoranschlages im Grundsatz aus dem Wesen seiner Rechtsstellung heraus zwingend ist: Der Verwalter kann nämlich den ihm übertragenen Aufgaben, der bestimmungsgemässen Verwendung der vorhandenen Geldmittel und der Verteilung der gemeinschaftlichen Kosten auf die einzelnen Stockwerkeigentümer (ZGB 712s II), nicht ausreichend sorgfältig nachkommen, wenn er nicht über einigermassen gesicherte Anhaltspunkte hinsichtlich des Finanzhaushaltes verfügt. Abrechnung und Kostenvoranschlag sind weiter von Bedeutung für die Hypothekargläubiger der einzelnen Stockwerkeigentümer (Vorhersehbarkeit der bevorstehenden Kosten) und vor allem im Hinblick auf das Pfandrecht der Gemeinschaft für die ausstehenden Beitragsforderungen der vergangenen drei Jahre (ZGB 712i I)[64].

b) Das deutsche Recht sieht die Verpflichtung zur Erstellung eines Wirtschaftsplanes und einer Abrechnung ausdrücklich vor (WEG 28 I, III); an den Wirtschafts-

62 Vgl. Peter-Ruetschi, Erfahrungen, 14.
63 Mathys, 287; Michaud, 71.
64 Eingehend dazu Mathys, 287 f.

plan werden sogar einzelne Anforderungen gestellt[65]. Die Frage, ob es sich dabei um zwingende Vorschriften handelt, wird meines Wissens einzig von Bärmann/Pick[66] gestellt und verneint. Dieser Auffassung kann sowohl aus formellen wie aus materiellen Gründen kaum vollumfänglich zugestimmt werden, zumal auch Bärmann/Pick "erhebliche Bedenken"[67] hegen. Nach WEG 10 I 2 gelten alle Bestimmungen als abdingbar, die nicht ausdrücklich für zwingend erklärt worden sind; sowohl WEG 28 I wie 27 III verwenden nun aber die Wendung "... hat ... zu ...", die eindeutig den Pflichtcharakter hervorhebt. Zudem kommt ein Verwalter, gerade auch angesichts der unabdingbaren Mindestbefugnisse (WEG 27 III), nicht darum herum, wenigstens eine minimale Rechnungsführung vorzunehmen. Die Wohnungseigentümer können deshalb m.E. nicht vollständig auf die Vorlegung eines Wirtschaftsplanes und einer Abrechnung verzichten; es steht ihnen nur die Freiheit zu, vertraglich den konkreten Umfang zu bestimmen und allenfalls ihn sehr eng zu umschreiben.

c) Durch einen einfachen Mehrheitsbeschluss vermögen die Wohnungseigentümer den Verwalter weiter zu einer Rechnungslegung zu verpflichten (WEG 28 IV). Bei dieser allfälligen Verpflichtung des Verwalters handelt es sich um eine dispositive Norm, die in der Gemeinschaftsordnung vertraglich abbedungen werden kann (WEG 28 IV i.V.m. WEG 10 I 2: "können")[68]. Abrechnung und Rechnungslegung unterscheiden sich dadurch, dass die erstere vom Verwalter automatisch nach Ablauf des Geschäftsjahres zu erstellen und den Beteiligten vorzulegen ist, während die zweite einer ausdrücklichen Aufforderung bedarf[69].

Mit WEG 28 IV wird an sich kein zusätzliches Recht der Wohnungseigentümer statuiert. Der Verwalter ist nämlich auf Grund seiner vertraglichen Bindung rechenschaftspflichtig (OR 400 I; BGB 666, 675). Es handelt sich also mehr um eine Klarstellung, die zweckmässig sein mag, aber ohnehin (auch im schweizerischen Recht) gelten würde[70]. Ein missbräuchliches Verlangen der Rechnungslegung verstösst gegen Treu und Glauben (ZGB 2; BGB 242)[71].

d) Die Erstellung der Jahresabrechnung und des Kostenvoranschlages setzt eine Buchführung und einen Kontenplan voraus. Diesbezügliche Vorschriften existieren im schweizerischen wie im deutschen Recht nicht, was auch angesichts der Unterschiedlichkeit der Gemeinschaften wenig sinnvoll wäre. Der Verwalter der Stockwerkeigentümergemeinschaft unterliegt überdies nicht der Buchführungspflicht, wie sie für die Gesellschaften des OR gilt (OR 957 ff)[72]; ebenso ist in Deutschland der Verwalter nicht zur Erstellung einer Bilanz im handels- oder steuerrechtlichen Sinne verpflichtet (AktG 148 ff sind nicht anwendbar)[73]. Zu fordern ist aber, dass

65 Im einzelnen dazu Bärmann/Pick, § 28, N 6 ff und Weitnauer/Wirths, § 28, N 2 ff.
66 Bärmann/Pick, § 28, N 5 und Kurzkommentar, 133.
67 Bärmann/Pick, § 28, N 5.
68 Weitnauer/Wirths, § 28, N 8; vgl. auch OLG Karlsruhe, 21.8.1969, NJW 1969, 1968 f mit Anm. von Hans Diester; OLG Frankfurt, 7.12.1971, NJW 1972, 1376.
69 Eingehender Bärmann/Pick, § 28, N 26 ff.
70 Vorne § 21 V 4.
71 Weitnauer/Wirths, § 28, N 8.
72 Friedrich, § 43, N 5.
73 Bärmann/Pick, § 28, N 25; Weitnauer/Wirths, § 28, N 7. Wenn spezifische Ausdrücke (wie z.B. Bilanz bei Bärmann/Pick, § 28, N 30 ff) verwendet werden, ist zu beachten, dass ihnen nicht die im übrigen Recht zukommende Bedeutung beigemessen werden kann.

die finanzielle Buchführung den konkreten Verhältnissen der Gemeinschaft entsprechend angemessen und ordnungsmässig vorgenommen wird[74].

Zu einer ordnungsmässigen Buchführung gehört jedenfalls die laufende Aufführung der Einnahmen und Ausgaben. Darunter fallen:

Einnahmen

- einbezahlte Beiträge der Stockwerkeigentümer
- Zinsen aus angelegten Geldern (Erneuerungsfonds)
- Zinsen von gemeinschaftlich vermieteten Räumen

Ausgaben[75]

- Ausgaben für den Unterhalt des Gebäudes (Strom, Heizung, Reinigung)
- Kosten der baulichen Instandhaltung und Instandsetzung des Gebäudes
- Verwaltungskosten im engeren Sinne (Honorare, Büromaterial, Maschinen)
- Steuern und Beiträge (staatliche Abgaben, Versicherungsbeiträge)
- Zinsen (Baurecht, Amortisation, Grundpfandrechte)

Ob einzelne Buchführungspflichten konkret mit dem Verwalter vereinbart werden sollen, hängt von den Verhältnissen, insbesondere der Grösse der einzelnen Gemeinschaft ab. Allzuviele detaillierte Vorschriften haben jedoch wenig Sinn und überlasten nur die Vertragswerke. Generell gilt, dass mit steigender Bedeutung der Finanzverwaltung auch höhere Anforderungen an die Buchführung zu stellen sind. Deshalb wird sich der Verwalter bei Amtsantritt nicht nur über die Vorstellungen der Stockwerkeigentümer vergewissern, sondern auch im Hinblick auf die Ortsübung bei entsprechenden Gemeinschaften erkundigen müssen. Weil es sich beim Stockwerkeigentum um ein recht junges Institut handelt, bei dem aber oft relativ hohe finanzielle Werte auf dem Spiel stehen, wäre die objektive Ausarbeitung von Mustervorlagen durch neutrale Verbände (in der Schweiz etwa durch den Verein für Wohnungseigentum oder allenfalls den Hauseigentümerverband) zweckmässig[76].

Dasselbe gilt entsprechend auch hinsichtlich der Jahresabrechnung und des Kostenvoranschlages; gewisse Vorarbeiten sind vereinzelt in der Literatur bereits geleistet worden[77].

2. Bestimmungsgemässe Verwaltung und Verwendung der Gelder

Der Verwalter hat die Gelder, über die er alleine verfügen kann, nach den allgemeinen und speziellen vertraglichen Verabredungen sowie den Beschlüssen der Stockwerkeigentümerversammlungen zu verwalten und zu verwenden. Dazu gehören in erster Linie die Abwicklung des gesamten Zahlungsverkehrs der Gemeinschaft sowie

74 Auch dies darf als Ausdruck der ordnungsmässigen Verwaltung (WEG 21 IV) angesehen werden.

75 Vgl. auch Michaud, 71.

76 Ausführliche Hinweise zu Buchführung und Kontenplan in der Finanzverwaltung geben Bärmann/Pick, § 28, N 30–81 sowie Bärmann, Praxis, 411–432.

77 K. Müller, 186 ff zur Jahresabrechnung sowie Bärmann/Pick, § 28, N 82 ff zum Kostenvoranschlag (= Wirtschaftsplan).

die Anlage der Gelder, die zum Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft gehören. Die Aufgabenerfüllung hängt in den Einzelheiten wesentlich vom Charakter und der Grösse der zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft ab.

a) Über den Verwalter läuft insbesondere die Abwicklung des Zahlungsverkehrs der Gemeinschaft: Er zieht die Forderungen ein und begleicht die Schulden. Dazu gehören auch Rechnungen von Geschäften, deren Abschluss nicht in seine Kompetenz gefallen sind, weil sie betragsmässig über seine Ausgabenkompetenz hinausgehen. Hat er jedoch zulässigerweise einen Vertrag abschliessen dürfen, liegt aber schliesslich der Rechnungsbetrag höher (d.h. im Zuständigkeitsbereich der Versammlung), muss er nachträglich noch die Genehmigung einholen (bzw. der Mehrbetrag wird bestritten).

Bei der Einziehung der Forderungen und der Begleichung der Schulden gebietet es die Sorgfaltspflicht dem Verwalter, die Rechnungen hinsichtlich Rechtsgrund und Umfang zu prüfen[78], denn die Begleichung einer nicht ausgewiesenen Forderung kann ihn haftpflichtig machen. Des weitern gehört es zum Aufgabenkreis des Verwalters, ausstehende Forderungen gerichtlich durchzusetzen (für einen ordentlichen Prozess, nicht aber für ein summarisches Verfahren braucht er jedoch eine spezielle Vollmacht) und unberechtigte Betreibungen abzuwehren.

Die Durchsetzung der Beitragsforderungen der Gemeinschaft gegenüber den Stockwerkeigentümern obliegt ebenfalls dem Verwalter[79].

b) Im weitern steht dem Verwalter die Anlage der Gelder zu. Vor allem in grösseren Gemeinschaften handelt es sich dabei um eine nicht ganz einfache und sehr verantwortungsvolle sowie mit Umsicht zu besorgende Aufgabe. Bei der Anlage der Gelder hat der Verwalter darauf zu achten, dass sie möglichst sicher ist; der Erwerb von Spekulationspapieren ist deshalb ausgeschlossen. Eine angemessene Verzinsung der angelegten Gelder wäre zwar erwünscht, doch kollidiert dieses Anliegen meist mit dem Interesse daran, kurzfristig über die Gelder disponieren zu können, weshalb in der Praxis regelmässig ein Kontokorrent- oder ein Depositenkonto gewählt wird.

WEG 27 IV sieht ausdrücklich vor, dass der Verwalter verpflichtet ist, die Gelder der Wohnungseigentümer von den eigenen gesondert zu halten. Der Verwalter hat somit für Bargeld eine spezielle Kasse zu führen (Unzulässigkeit der Vermischung mit eigenem Geld); soweit es sich nicht um Bargeld handelt, ist ein besonderes Konto zu eröffnen (Fremdkonto; das WEG verlangt nicht ein sog. "Anderkonto"[80]). Umstritten ist aber, ob WEG 27 IV zwingendes Recht ist[81] oder nicht[82]. Aus der zwingenden Vorschrift von WEG 27 III kann nichts abgeleitet werden, weil sie sich eindeutig auf WEG 27 I, II bezieht und überdies die Mindestbefugnisse des Verwalters, nicht die Rechte der Wohnungseigentümer zum Inhalt hat; ebenso kann aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht der zwingende Charakter herausgelesen werden (vgl. WEG 10 I 2). Inhaltlich ist die Abbedingung aber höchst problematisch, ist doch das Risiko von Verlusten bei Geldern auf dem persönlichen Konto des Verwal-

78 K. Müller, 122; Mathys, 290.
79 Im einzelnen dazu nachfolgend Ziff. 3.
80 Eingehend dazu Bärmann/Pick, § 27, N 73 ff; Weitnauer/Wirths, § 27, N 16 f sowie die dort zitierte Rechtsprechung.
81 Bärmann/Pick, § 27, N 10.
82 Weitnauer/Wirths, § 27, N 14.

ters erheblich grösser; zudem lässt sich nur schwer einsehen, weshalb der Gesetzgeber die Rechte des Verwalters für wichtiger erachten sollte als den Schutz der Wohnungseigentümer vor Gefährdung ihres Eigentums[83]; überdies ist nicht völlig von der Hand zu weisen, dass der Gesetzgeber im Rahmen von WEG 27 die eigentliche Stossrichtung von Abs. 4 nicht genügend gewürdigt hat[84]. Ob sich die teleologisch an sich sinnvolle Betrachtungsweise des zwingenden Charakters von WEG 27 IV durchsetzt, wird allenfalls die Gerichtspraxis zeigen; dass es noch keine Entscheide zu dieser Frage gibt, deutet immerhin darauf hin, dass in der Praxis das Bedürfnis, von WEG 27 IV abzuweichen, kaum sehr verbreitet ist[85].

Demgegenüber schweigt sich das schweizerische Gesetz zur Frage, über welche Konten der Geschäftsverkehr der Gemeinschaft abzuwickeln ist, aus. Die Stockwerkeigentümer können somit vertraglich die Verwaltung der Gelder über Fremdkonten oder über das Eigenkonto des Verwalters vereinbaren. K. Müller[86] geht davon aus, dass sich die Sonderbehandlung (Fremdkonto) für das laufende Verwaltungsvermögen nicht empfehle (abgesehen von besonderen Fällen), weil es für die Gemeinschaft zweckmässiger sei, den Zahlungsverkehr über das Konto des Verwalters abzuwickeln[87]. Dieser Argumentation kann m.E. nicht gefolgt werden[88]: Nur wenn der gesamte Geldverkehr über gesonderte, nicht auf den Namen des Verwalters lautende Konten abgewickelt wird, hat die Stockwerkeigentümergemeinschaft Gewähr dafür, dass die Gelder bei einem allfälligen Konkurs des Verwalters nicht verlorengehen. Zudem ist lediglich bei getrennter Kontenführung ein jederzeitiger klarer Überblick über den Stand des Gemeinschaftsvermögens möglich (erhöhte Transparenz). Auch fällt ins Gewicht, dass berufsmässige Verwalter von Stockwerkeigentümergemeinschaften (z.B. Immobilienfirmen) keiner staatlichen Aufsicht hinsichtlich ihrer Kontenführung unterliegen (im Gegensatz etwa zu den Banken)[89], weshalb sich der durch die getrennte Geldverwaltung bewirkte erhöhte Schutz vor sachfremden Dispositionen des Verwalters als sinnvoll erweist.

3. Verteilung der gemeinschaftlichen Kosten und Inkasso der Beiträge

Der Kostenvoranschlag (Wirtschaftsplan) für das kommende Rechnungsjahr ist massgebend für die vorläufige Bemessung der Beiträge, die von den Stockwerkeigentümern an die gemeinschaftlichen Kosten gezahlt werden müssen; durch einen Versammlungsbeschluss begründen sie die eigene Verpflichtung (ZGB 712m I 4; WEG 28 I 2). Grundsätzlich wird für die Beitragsberechnung von den Wertquoten

83 So Bärmann/Pick, § 27, N 10.
84 Vgl. auch Pick, JR 1972, 100.
85 Der zwingende Charakter von WEG 27 IV soll nun mit der bevorstehenden Revision des WEG auch gesetzlich ausdrücklich untermauert werden: Bundesrat (Begründung in Drucksache 8/161, 10, 20 f) und Bundesregierung (Begründung in Drucksachen 445/78 sowie 8/2444, je 13) schlagen übereinstimmend vor, WEG 27 IV für unabdingbar zu erklären.
86 K. Müller, 126.
87 Im weiteren K. Müller, 94 f, 123.
88 In diesem Sinne eingehend auch Mathys, 291.
89 Mathys, 291.

ausgegangen (ZGB 712h I; WEG 16 II), doch können spezielle Verhältnisse eine gesonderte Veranschlagung der zu leistenden Beiträge nahelegen (ZGB 712h III)[90].

Nach WEG 28 II sind die Wohnungseigentümer verpflichtet, auf Grund des Wirtschaftsplanes Kostenvorschüsse zu leisten; diese Vorschrift ist an sich abdingbar, was jedoch kaum je sinnvoll sein wird. Das schweizerische Recht sieht dagegen die Vorauszahlung nicht ausdrücklich vor, doch sollte sie zweckmässigerweise vertraglich vereinbart werden (monatlich oder vierteljährlich): Der Einzug der Vorschüsse gewährleistet nämlich die bessere Einbringlichkeit der Beiträge und führt der Gemeinschaft die zur Bestreitung der laufenden Aufwendungen erforderlichen Mittel zu[91]; die frühzeitige Erfassung der Beiträge liegt im übrigen im Interesse aller Stockwerkeigentümer, weil die später uneinbringlichen von den anderen Beteiligten im Verhältnis ihrer Wertquoten zu tragen sind. Falls die Höhe der Vorschüsse nicht durch den Versammlungsbeschluss festgelegt worden ist, hat sie der Verwalter so zu bemessen, dass sie – zusammengezählt – dem vermutlichen Gesamtbetrag etwa entsprechen werden.

Mit der Jahresabrechnung werden dann die Beiträge der einzelnen endgültig festgelegt, wobei die geleisteten Vorschüsse anzurechnen sind. Je nach der Höhe der Akontozahlungen ergibt sich eine Nachforderung oder hat die Gemeinschaft einen bestimmten Betrag zurückzuerstatten. Allenfalls kann der letzte Kostenbeitrag mit der zu verteilenden Nutzung[92], sofern eine solche vorliegt und verrechenbar ist, verrechnet werden; zu denken ist insbesondere an Erträgnisse aus der Vermietung gemeinschaftlicher Räume. Die Verteilung der Nutzung erfolgt ebenfalls gestützt auf die Wertquoten (ZGB 648 I; WEG 16 I).

Mangels konkreter Vorschriften über die Art und Weise des Bezuges der Beiträge hat die Gemeinschaft die genaueren Richtlinien zuhanden des Verwalters zu beschliessen. Auch ohne besondere Aufforderung hat jedoch der Verwalter die ausstehenden Beiträge einzufordern und zugleich die Zinspflicht geltend zu machen. Wird ein ordentlicher Prozess nötig, bedarf er nach schweizerischem Recht einer besonderen Vollmacht der Gemeinschaft (ZGB 712t II)[93]; auch das deutsche Recht verlangt die Ermächtigung durch einen Versammlungsbeschluss (WEG 27 II 5)[94].

Das schweizerische Stockwerkeigentumsrecht kennt die Besonderheit, dass der Gemeinschaft für die auf die letzten drei Jahre entfallenden Beitragsforderungen ein Anspruch gegenüber dem jeweiligen Stockwerkeigentümer auf Errichtung eines Pfandrechts an dessen Anteil (ZGB 712i) sowie ein Retentionsrecht an den in der Eigentumswohnung sich befindenden beweglichen Sachen (ZGB 712k) zusteht[95]. Zu den Obliegenheiten des Verwalters gehört auch, diese Rechte geltend zu machen, um die Gemeinschaft vor Schaden zu bewahren. Das Beitragsforderungspfand- sowie -retentionsrecht umfassen alle effektiven Kosten, soweit es sich um Verbindlichkeiten der Gemeinschaft handelt. Umstritten ist die Anwendung von ZGB 712i und k jedoch bei den Vorschüssen und den Beiträgen zuhanden des Erneuerungsfonds:

90 Dazu eingehend vorne § 15 II.
91 Friedrich, § 21, N 2.
92 K. Müller, 125; a.A. (ohne Begründung) Bärmann/Pick, § 27, N 24.
93 Dazu BBl 1962 II 1521.
94 Im einzelnen Bärmann/Pick, § 27, N 56 ff und Weitnauer/Wirths, § 27, N 11.
95 Vgl. eingehend dazu Ottiker, 79 ff sowie Friedrich, § 22.

- Bei den Vorschüssen[96] ist m.E. der materielle Verwendungszweck nicht problematisch; ebenso hindert die erst vorläufige Festsetzung die Anwendung von ZGB 712i und k nicht. Die Vorschüsse können deshalb vom Pfand- und Retentionsrecht nur dann nicht erfasst werden, wenn die verfallenen Beitragsforderungen bereits das Maximum von 3 Jahren erreichen, weil diese Obergrenze nicht überschritten werden darf.
- Beiträge zuhanden des Erneuerungsfonds fallen nach Mathys[97] nicht unter ZGB 712i und k, weil der Fonds nicht verwendet werde für bestimmte, notwendige Erneuerungen im Sinne von ZGB 712h II und es nicht Sinn eines gesetzlichen Pfandrechts sein könne, eventuelle Verbindlichkeiten zu sichern, deren Entstehung noch ungewiss sei. Demgegenüber geht Ottiker[98] m.E. zutreffend davon aus, dass der Fonds mit der Äufnung von Rückstellungen für künftige Erneuerungsarbeiten die gleichmässige Verteilung der Unterhaltsleistungen auf verschiedene Jahre bezwecke. Die Einlagen in den Fonds haben deshalb, angesichts der beabsichtigten regelmässigen Belastung der Stockwerkeigentümer, ebenfalls den Charakter von Beitragsleistungen an die vom Gesetz anvisierten Lasten.

4. Verwaltung des Erneuerungsfonds

a) Eine besondere Belastung für die Stockwerkeigentümergemeinschaft dürfte sich dann ergeben, wenn plötzlich umfangreichere Erneuerungsarbeiten am Gebäude anfallen, zu deren Bestreitung die laufenden Beiträge nicht ausreichen. Um solche finanzielle Engpässe zu vermeiden, kann ein Erneuerungsfonds bzw. eine Instandhaltungsrückstellung (ZGB 712m I 5; WEG 21 V 4) geäufnet werden.

Durch einen solchen Erneuerungsfonds lässt sich einerseits eine gewisse Stabilität in den laufenden Beiträgen an die gemeinschaftlichen Kosten und Lasten erreichen[99]; anderseits kommt ein Ausgleich zustande zwischen den Erwerbern bzw. anfänglichen Stockwerkeigentümern (bei denen noch wenig Reparaturkosten anfallen) und den späteren Bewohnern (bei denen sich Erneuerungsarbeiten dann aufdrängen); unter Umständen ist es sogar sinnvoll, zu Beginn höhere monatliche Rückstellungen vorzunehmen.

b) Das schweizerische Recht sieht die Begründung eines Erneuerungsfonds nicht zwingend vor. Immerhin drückt der Gesetzgeber dessen Wünschbarkeit dadurch aus, dass der Erneuerungsfonds im Rahmen der Versammlungsgeschäfte ausdrücklich erwähnt ist (ZGB 712m I 5). Vorbehältlich einer anderslautenden vertraglichen Regelung bedarf es zur Einführung des Erneuerungsfonds somit eines einfachen Mehrheitsbeschlusses. Trotz der Dispositivität der Äufnung wird in der Praxis meist ein Erneuerungsfonds vorgesehen[100].

96 Für die Erfassung der Vorschüsse Friedrich, § 21, N 2 und § 22, N 3 (wenn auch ohne weitere Begründung); kritisch dazu Ottiker, 81, Anm. 91.
97 Mathys, 289 f.
98 Ottiker, 80.
99 Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 37.
100 Peter-Ruetschi, Erfahrungen, 11.

Auch in Deutschland ist es herrschende Lehre, dass sich aus dem Wortlaut von WEG 21 V 4 nicht der zwingende Charakter der Bestimmung entnehmen lässt[101]. Anderseits geht aus der Systematik des Gesetzes hervor, dass auch die Anlage einer Instandhaltungsrückstellung zu einer ordnungsmässigen Verwaltung gehört (WEG 21 IV, V). Grössere Gemeinschaften werden deshalb kaum auf eine solche verzichten können; ein Versammlungsbeschluss, der sich gegen die Anlage ausspricht, ist dementsprechend unter Berufung auf WEG 21 IV anfechtbar. Trotz dieser praktischen Notwendigkeit wird man aber nicht von einer zwingenden Vorschrift sprechen dürfen[102], weil immerhin – seltene – Fälle denkbar sind (z.B. Zweimann-Wohnungseigentümergemeinschaften), in denen sich eine Instandhaltungsrückstellung nicht als notwendig erweist[103].

Diese Rechtslage soll in Deutschland durch die bevorstehende Revision des WEG geändert werden: Sowohl der Bundesrat wie auch die Bundesregierung schlagen übereinstimmend vor, den Begriff "Instandhaltungsrückstellung" durch "Instandhaltungsrücklage" zu ersetzen und einen neuen Absatz WEG 21 VI anzufügen, wonach die Ansammlung einer angemessenen Instandhaltungsrücklage nicht ausgeschlossen werden kann. In der Begründung wird davon ausgegangen[104], dass der Instandhaltungsrücklage im Hinblick auf das reibungslose Funktionieren der Gemeinschaft eine besondere Bedeutung zukomme, weshalb die Unabdingbarkeit gerechtfertigt sei und zugleich die Auflösung zu sachfremden Zwecken ausschliesse. Die Zwingenderklärung ist zweifelsohne für grössere Gemeinschaften angebracht; der Nachteil der vorgeschlagenen Regelung besteht aber darin, dass ebenso die kleineren den entsprechenden Verwaltungsaufwand betreiben müssen, auch wenn er nicht unbedingt angebracht erscheint.

c) Ziel des Erneuerungsfonds ist es, die Ausführung grösserer Erneuerungs- und Unterhaltsarbeiten zu ermöglichen, ohne dass dadurch einzelne Stockwerkeigentümer überbelastet werden. Richtlinien, wie die Anlage am sinnvollsten vorzunehmen ist, geben das schweizerische wie das deutsche Recht nicht. Die konkrete Ausgestaltung obliegt deshalb der vertraglichen Regelung der Stockwerkeigentümer.

Der Versammlungsbeschluss, der sich über die Äufnung des Erneuerungsfonds ausspricht, sollte deshalb zugleich die Höhe der einmaligen und/oder periodischen Einlagen, das Vorgehen bei der Beanspruchung der Gelder (Statuierung sachlicher Voraussetzungen) und allenfalls die konkrete ertragbringende Anlage durch den Verwalter festlegen[105]. Die Beiträge lassen sich erheben entweder pro Quadratmeter Wohnfläche des einzelnen Stockwerkes, anhand eines Bruchteils der Wertquote oder der Brandversicherungssumme (im Verhältnis der Wertquoten der Stockwerkeigentümer)[106]. Werden die Beiträge im Reglement ziffernmässig festgelegt, so empfiehlt sich deren Indexierung. Weiter ist es denkbar, einen Höchstbetrag für den Erneuerungsfonds zu bestimmen (z.B. Bruchteil des Versicherungswertes des Gebäudes). Fehlt es an einer Regelung durch die Stockwerkeigentümer, kommt

101 Weitnauer/Wirths, § 21, N 17.
102 So zu Unrecht Bärmann/Pick, § 21, N 97.
103 Vgl. auch Röll, NJW 1976, 938.
104 BT Drucksache 8/161, 18 und Drucksachen 445/78 und 8/2444, 13.
105 Vgl. Friedrich, § 20, N 3; Michaud, 73.
106 Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 37.

dem Verwalter die entsprechende Kompetenz zu[107]; er hat nach pflichtgemässem Ermessen die genauen Konditionen für die Speisung des Erneuerungsfonds festzulegen.

d) Am Erneuerungsfonds besteht Miteigentum aller Stockwerkeigentümer im Verhältnis zu ihren Wertquoten. Eine selbständige Verfügung über den entsprechenden Miteigentumsanteil ist nach herrschender schweizerischer Lehre jedoch ausgeschlossen, weil er das rechtliche Schicksal der im Miteigentum stehenden Liegenschaft teilt[108]. Der Anteil ist integrierender Bestandteil der Stockwerkeinheit (bzw. wirtschaftlich der Wertquote)[109] und geht mit deren Verkauf automatisch auf den Erwerber über. Demzufolge kann weder auf Grund des Gesetzes die Auflösung des Erneuerungsfonds von einem einzelnen verlangt, noch vertraglich ein entsprechender Anspruch vereinbart werden. Ebenso ist es einem Stockwerkeigentümer verwehrt, den Betrag zurückzufordern, den er in den Fonds einbezahlt hat; dieser erhöht nur wirtschaftlich den Verkehrswert (und damit den Kaufpreis) der Eigentumswohnung; daraus ergibt sich auch, dass die Einlagen nicht beliebig hoch sein sollten, weil die nach aussen nicht in Erscheinung tretenden Miteigentumsanteile am Erneuerungsfonds die Marktsituation verzerren könnten[110]. Der Erwerber einer Stockwerkeinheit tritt hinsichtlich des Fonds in die Rechte und Pflichten des alten ohne weiteres ein. Weil die Schaffung eines Erneuerungsfonds nicht obligatorisch ist, lässt sich ein bestehender durch einfachen Mehrheitsbeschluss wieder auflösen[111]; die einbezahlten Beträge sind dann entsprechend zurückzuerstatten.

Im deutschen Recht ist umstritten, ob sich die Eigentümergemeinschaft nach dem WEG auch auf die Instandhaltungsrückstellung erstreckt oder ob an ihr einfaches Bruchteilseigentum nach BGB 741 ff besteht[112,113]. Die zweite Auffassung

107 Mathys, 290 f.
108 Friedrich, § 20, N 4 (statt vieler).
109 Michaud, 80.
110 Michaud, 80.
111 Diese Frage ist in der Literatur weiter nicht untersucht worden; sie wirft aber nicht zu übersehende dogmatische Probleme auf: Einerseits soll der einzelne nicht wie bei der gewöhnlichen Miteigentümergemeinschaft einen unabdingbaren Anspruch auf deren Aufhebung haben (ZGB 650 I), anderseits bedarf es dennoch nicht wie für das Stockwerkeigentum (ZGB 712 f II) der Einstimmigkeit zur Auflösung. Die Durchbrechung dieses letzten Grundsatzes lässt sich nur damit rechtfertigen, dass einer Mehrheit kein Erneuerungsfonds aufgezwungen werden darf, wenn der einzelne schon keinen Anspruch auf dessen Äufnung hat.
112 Für die Bindung an die Eigentümergemeinschaft des WEG Bärmann/Pick, § 1, N 39, 130, § 27, N 71 sowie AG Wiesbaden, 10.9.1965, MDR 1967, 126 f; für die einfache Bruchteilsgemeinschaft Weitnauer/Wirths, § 1, N 4a, § 10, N 8a, § 27, N 17 sowie Weitnauer, DNotZ 1977, SH, 38 und dort zitierte Literatur.
113 In der bevorstehenden Revision des WEG hat der Bundesrat vorgeschlagen, die unlösbare Verbindung von Miteigentumsanteil und Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen vorzusehen (Drucksache 8/161, 11, 15). Die Reaktionen darauf sind überwiegend positiv ausgefallen (vgl. Bärmann, Rechtspfleger 1977, 239 f; Demharter, Rechtspfleger 1977, 46 f; Bielefeld, 38; Dieter Stephan, Die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes aus der Sicht der Rechtsprechung, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 60); vereinzelt wurde der Vorschlag als wenig zweckmässig erachtet (Weitnauer, DNotZ 1977, SH, 38). Die Bundesregierung hat zuerst einen Alternativentwurf in die Vernehmlassung geschickt (vgl. Demharter, Rechtspfleger 1978, 117), schliesslich aber die Meinung vertreten, eine Änderung erweise sich nicht als nötig, und zwar mit der Begründung, in der Praxis bestehe

hat den Nachteil, dass ein Aufhebungsanspruch des einzelnen gegeben ist (zumindest aus wichtigen Gründen (BGB 749 II 1) kann er vertraglich nicht ausgeschlossen werden) und dass die Zwangsvollstreckung in die Instandhaltungsrückstellung erleichtert wird[114]. Deshalb beginnt sich die Ansicht, wonach die Rückstellung unter die Bestimmungen des WEG falle, langsam durchzusetzen; dies hat jedoch die Unauflöslichkeit (WEG 11) zur Folge, weil die deutsche Lehre deren Durchbrechung gestützt auf den nicht zwingenden Charakter von WEG 21 V 4 nicht bejaht hat[115]; mit der beabsichtigten Unabdingbarkeitserklärung der Instandhaltungsrückstellung wird die Frage aber künftig irrelevant[116].

e) Die Verwaltung des Erneuerungsfonds obliegt dem Verwalter. Sofern die Stockwerkeigentümerversammlung die notwendigen Richtlinien nicht erlassen hat, kommt ihm auch diese Kompetenz zu.

Die in Form eines Erneuerungsfonds für künftige grössere bauliche Massnahmen geäufneten Rückstellungen bedürfen einer gesonderten und sorgfältigen Verwaltung. Gerade wenn die Beiträge ein grösseres Ausmass angenommen haben, hat der Verwalter mit einer entsprechend erhöhten Sorgfalts- und Treuepflicht vorzugehen. Anzustreben ist eine möglichst ertragbringende Anlage[117]; ebenso wichtig dürfte aber m.E. die Sicherheit der Anlage sein (spekulationsfreie Geschäfte). Noch entscheidender als beim laufenden Verwaltungsvermögen ist beim Erneuerungsfonds die Begründung eigener Konten[118]; das persönliche Konto des Verwalters gibt keinen genügenden Überblick über den Finanzstand und erhöht zudem das Risiko des Verlustes der Gelder (z.B. in einem allfälligen Konkurs des Verwalters)[119].

Neben der Einziehung und Anlage der Gelder hat der Verwalter insbesondere auch die Auszahlungen aus dem Erneuerungsfonds vorzunehmen. Wenn die Stockwerkeigentümer keinen Beschluss über die sachlichen Voraussetzungen, gemäss denen der Erneuerungsfonds vom Verwalter angegriffen werden darf, gefasst haben, muss der Verwalter im Einzelfall darüber entscheiden. Von seiner Funktion (finanzielle Reserve für grössere Auslagen) her ist der Erneuerungsfonds nicht dazu bestimmt, als finanzielle Quelle für die laufenden Unterhaltskosten zu dienen, weshalb der Verwalter ihn dafür, ausser wenn es ihm durch einen besonderen Beschluss der Stockwerkeigentümer erlaubt wird, nicht anzugreifen hat. Ebenso kann nicht von ihm gezehrt werden, wenn eine luxuriöse bauliche Massnahme (besondere Aufwendung) zulässigerweise trotz fehlender Einstimmigkeit angeordnet wird (ZGB 647e II; WEG 22 I 2), denn solche Vorkehrungen dürfen den dagegen Stimmenden finanziell nicht belasten (was beim Erneuerungsfonds der Fall wäre)[120].

kein Bedürfnis danach und der Vorschlag des Bundesrates sei rechtstechnisch unbefriedigend (Drucksachen 445/78 und 8/2444, je 9). Diese Stellungnahme wirkt wenig überzeugend; es wäre deshalb wünschenswert, wenn der Bundestag die Frage von WEG 11 nochmals aufnehmen würde.

114 Eingehend Röll, NJW 1976, 938.
115 Röll, NJW 1976, 938.
116 Vorne lit. b.
117 Friedrich, § 20, N 4; Mathys, 290.
118 Vorne § 28 IV B 2 sowie Mathys, 291 und Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 38.
119 Dieser Meinung scheint sich auch K. Müller (126) für den Erneuerungsfonds anzuschliessen.
120 Michaud, 78; Bärmann/Pick, § 21, N 100.

Bei der Verwaltung des Erneuerungsfonds hat der Verwalter die erforderliche Sorgfalt, wie sie der in Frage stehende Vertragstypus vorsieht, zu beachten; für Pflichtverletzungen wird er haftbar. Hingegen entstehen dann keine Ersatzansprüche gegen ihn, wenn trotz der erforderlichen Sorgfalt seinerseits eine Verminderung des Vermögensstandes beim Erneuerungsfonds eintritt[121].

Auf Grund der gesetzlichen Regelung kann der Verwalter über die Gelder des Erneuerungsfonds verfügen. Weil Dritten gegenüber allfällige vertragliche Beschränkungen seiner Befugnisse im Innenverhältnis nicht wirksam werden, läuft die Stockwerkeigentümergemeinschaft Gefahr, dass ein Rechtsgeschäft, das ein Dritter in guten Treuen für innerhalb der Vertretungsmacht des Verwalters erachten durfte, gültig bleibt (ZGB 712t I; WEG 27 II). Um dieser Situation entgegenzuwirken, lässt sich vertraglich vereinbaren, dass der Verwalter für Verfügungen über Gelder des Kontos "Erneuerungsfonds" der Zustimmung eines oder mehrerer Stockwerkeigentümer oder eines Versammlungsbeschlusses bedarf[122]; dementsprechend ist dann eine Kollektivvollmacht auszustellen.

C Faktische Verwaltungsaufgaben

Unter den faktischen Verwaltungsaufgaben sind alle Befugnisse und Pflichten des Verwalters zu verstehen, die nicht zu den formellen oder finanziellen Aufgaben gehören[123]. Gesetzlich handelt es sich dabei um mehr oder weniger selbständige Ausführungsfunktionen; vertraglich können dem Verwalter aber auch noch legislative und judikative Befugnisse eingeräumt werden[124].

1. Exekutive Aufgaben

a) Abgeleitete Ausführungsfunktionen

Der Verwalter hat für die ordentliche Verwaltung des Hauses zu sorgen; dazu gehört insbesondere das Bemühen, die Funktionsfähigkeit und -tüchtigkeit der gemeinschaftlichen Teile, Anlagen und Einrichtungen aufrechtzuerhalten (ZGB 712s I). Die Stockwerkeigentümer müssen davon ausgehen können, dass der Betrieb der gemeinschaftlichen Dienste gewährleistet ist. Der Verwalter hat somit die dazu notwendigen Vorkehren zu treffen; dies sind etwa:

- Anordnung oder Durchführung der notwendigen Reinigungsarbeiten;
- Anordnung oder Durchführung der sich aufdrängenden kleineren Reparatur- und Unterhaltsarbeiten;
- Besorgung des Heizöls;
- Gartenpflege, Schneeräumarbeiten;
- organisatorische Vorkehren hinsichtlich der Benutzung gemeinschaftlicher Einrichtungen.

121 Gautschi, Art. 398, N 21c; K. Müller, 126.
122 Vgl. etwa Art. 27 Abs. 3 des Reglementes von K. Müller (160).
123 Mathys, 285 f.
124 Vgl. die Literaturübersicht vorne Anm. 50.

Dem Verwalter obliegt es weiter, die Beschlüsse der Versammlung auszuführen. Je nach der Konkretisierung des einzelnen Beschlusses kommt ihm dabei ein gewisses Ermessen zu oder nicht. In diesen Aufgabenbereich fällt etwa:

- Abschluss der Versicherungen nach den Weisungen der Versammlung (ZGB 712m I 6; WEG 21 V 3);
- Anstellung und Überwachung des Hauswartes und allfälliger weiterer Hilfspersonen. Der Hauswart ist diejenige Person, die den Stockwerkeigentümern im Alltag am nächsten steht; der Verwalter hat deshalb höchste Sorgfalt bei der Auswahl der Person anzuwenden. Vertraglich zu regeln ist auch, ob der Verwalter die Person nur anstellen oder ebenfalls die Entschädigung alleine festsetzen kann (inklusive Nebenleistungen, Indexierung, allfällige Lohnerhöhungen u.a.); beispielsweise ist es dem Verwalter aber untersagt, einen vollamtlichen Hauswart anzustellen, sofern die Arbeiten zufriedenstellend mit einer Halbtagsstelle erledigt werden können. Zudem empfiehlt sich auch eine Regelung des Vorgehens bei Beanstandungen gegenüber der Arbeitsführung des Hauswartes (z.B. Mitteilungspflicht an den Verwalter).
- Vermietung der gemeinschaftlichen Räume und Wohnungen: Der Stockwerkeigentümergemeinschaft steht es frei, zuhanden des Verwalters genauere Richtlinien festzulegen, z.B. hinsichtlich der Auswahl möglicher Mieter oder hinsichtlich des Mietzinses. Fehlen solche, hat der Verwalter nach den ortsüblichen Gegebenheiten vorzugehen; insbesondere darf er nur solche Mieter einziehen lassen, die mit der Zweckbestimmung des Hauses bzw. dem Wesen der Gemeinschaft in Einklang stehen (z.B. keine Vermietung einer Wohnung in einem ruhigen Haus an eine Tanzschule[125]). Wenn die Stockwerkeigentümer selber an der Miete der betreffenden gemeinschaftlichen Räume interessiert sind (insbesondere Autoabstellplatz), drängt sich eine vertragliche Regelung der Reihenfolge der Vermietung auf[126].
  Einer besonderen Vollmacht bedarf der Verwalter zur Vermietung nicht, weil ja die Gemeinschaft Vermieterin ist und er ihre Interessen zu wahren hat. Bei pflichtwidrigem Verhalten des Mieters ist der Verwalter auch berechtigt, ihm Weisungen zu erteilen oder gar Massnahmen gegen ihn zu ergreifen[127]; pflichtwidrig ist ein Verstoss gegen die Gemeinschaftsinteressen.

b) Selbständige Ausführungsfunktionen

Grundsätzlich hat der Verwalter nur dann tätig zu werden, wenn sein Vorgehen durch eine gesetzliche oder vertragliche Norm oder einen Versammlungsbeschluss abgedeckt ist. Ausnahmsweise kann diese Kompetenzverteilung aber durchbrochen werden, wenn nämlich ausserordentliche Massnahmen in einem dringenden Fall anzuordnen sind. Es handelt sich somit um eine Parallelbestimmung zu ZGB 647 II 2/ WEG 21 II, die dem einzelnen Stockwerkeigentümer das Recht zum selbständigen Handeln in dringenden Fällen geben[128]. Der Umfang des Individualanspruches des Verwalters ist insoweit umfassender als derjenige der Stockwerkeigentümer, als nach schweizerischem Recht (ZGB 712s I a.E.) nicht nur präventive, sondern auch repressive Massnahmen (Beseitigung der Schädigung) in Frage kommen und nach deutschem Recht das Voliegen eines dringlichen Falles schlechthin (WEG 27 I 3) genügt. Der Verwalter erscheint somit als berechtigt, z.B. Anordnungen gegenüber Eigenmächtigkeiten von Stockwerkeigentümern zu treffen (Entfernung von unzulässigerweise angebrachten Hinweisschildern und Reklametafeln, Wiederherstellung

125 Vorne § 13 II A.
126 K. Müller, 101.
127 K. Müller, 100.
128 Vorne § 17 II B, § 18 II.

einer veränderten Fassade)[129]. Ebenso hat der Verwalter sofort einzugreifen, wenn dem Gebäude durch Zerfall oder höhere Gewalt Schaden droht oder ein solcher bereits eingetreten ist (z.B. der Aussenmauern oder des Daches). Fehlt es hingegen an einem dringlichen Fall, ist der Verwalter nicht befugt, einen grösseren Bauauftrag ohne vorherigen Versammlungsbeschluss zu vergeben[130].

Bei Vorliegen eines dringlichen Falles, der ein sofortiges Eingreifen verlangt, ist es Pflicht des Verwalters, die erforderlichen Massnahmen anzuordnen. Er darf sich also nicht, um einer Entscheidung auszuweichen oder sich der Verantwortung zu entziehen, mit der Einberufung einer Versammlung begnügen. Vergrössert sich der Schaden in der Zwischenzeit, muss der Verwalter Ersatzansprüche der Gemeinschaft gewärtigen. Bei grösseren Schäden empfiehlt es sich aber, gleichzeitig eine Versammlung einzuberufen, damit diese über das weitere Vorgehen beschliessen und den notwendigen Finanzplan aufstellen kann[131].

c) Kontrollfunktionen

Die beste vertragliche Regelung des Zusammenlebens in der Gemeinschaft hilft wenig, wenn sich die Beteiligten nicht daran halten. Es bedarf deshalb einer Person, die für die Einhaltung der Vorschriften sorgt; diese Überwachungsfunktion übernimmt ebenfalls der Verwalter; eine entsprechende Pflicht sieht ZGB 712s III ausdrücklich vor[132]. Die Kontrollmöglichkeiten des Verwalters erstrecken sich dabei nicht nur auf die Nutzung und den Gebrauch der gemeinschaftlichen Teile, Anlagen und Einrichtungen, sondern ebenso auf die Ausübung des Sonderrechts (z.B. Einhaltung der Lärmvorschriften von Gesetz, Gemeinschaftsordnung, Reglement und Hausordnung).

Über den Umfang der Kontrolle schweigt sich das Gesetz aus; eine generelle Anordnung ist angesichts der Vielgestaltigkeit der Stockwerkeigentümergemeinschaften auch kaum möglich. Sie hängt deshalb weitgehend vom pflichtgemässen Ermessen des Verwalters ab. Immerhin können die Stockwerkeigentümer im konkreten Einzelfall vertraglich gewisse Richtlinien formulieren; bei den Kontrollen handelt es sich nämlich meist nicht nur für die Betroffenen, sondern auch für den Verwalter um eine eher unangenehme Aufgabe; mit einer allzu intensiven Beaufsichtigung ist deshalb nicht zu rechnen. Weil aber periodische Kontrollen notwendig sind und eine genauere Abklärung des Sachverhalts dann unumgänglich wird, wenn Indizien für eine Verletzung von Vorschriften vorliegen (z.B. Auftreten von Feuchtigkeitserscheinungen, Vornahme grösserer Umbauarbeiten in der Eigentumswohnung), kann vertraglich vereinbart werden, dass der Verwalter jede Wohnung einmal jährlich auf ihren baulichen Zustand hin inspiziert[133]; dabei empfiehlt es sich, die Vor-

129 Bärmann/Pick, § 27, N 20.
130 BGH, 21.10.1976, DNotZ 1977, 237 ff (mit ausführlicher Begründung und Literaturhinweisen).
131 K. Müller, 128.
132 Im deutschen Recht fehlt eine entsprechende Bestimmung, doch gilt sinngemäss dasselbe wie im schweizerischen Recht.
133 K. Müller, 127.

anmeldung durch den Verwalter ebenfalls vorzusehen. Zudem können beispielhaft gewisse Indizien aufgezählt werden, die den Verwalter zu einer ausserordentlichen Kontrolle berechtigen.

Im Hinblick auf die Benützung der gemeinschaftlichen Einrichtungen hat der Verwalter insbesondere zu überprüfen, ob die Stockwerkeigentümer davon sachgerechten Gebrauch machen und die vorgeschriebene Benützungsordnung einhalten. Ebenso sind die übliche Ordnung und Sauberkeit im Hause zu wahren.

Liegen Sachverhalte vor, die zu beanstanden sind, hat der Verwalter die notwendigen und angemessenen Massnahmen anzuordnen. Muss die Gemeinschaft dringend vor Schaden bewahrt werden, kann er den Richter im summarischen Verfahren anrufen und dem betreffenden Stockwerkeigentümer das vorschriftswidrige Verhalten untersagen lassen (z.B. Einstellung von Umbauarbeiten)[134]. Hinterlassen in nicht dringlichen Fällen persönliche Vorsprachen und Mahnungen kaum einen Eindruck, muss zu Sanktionen geschritten werden: Insbesondere ist, bei einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung, die Ausfällung einer Busse[135] durch den Verwalter oder die Stockwerkeigentümerversammlung denkbar; die schwerste Massnahme schliesslich ist die Einleitung des Ausschlussverfahrens[136].

2. Legislative Aufgaben

Der Erlass der Hausordnung fällt grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Stockwerkeigentümerversammlung[137]; diese kann jedoch die Kompetenz dazu auch dem Verwalter einräumen. Es ist dabei aber darauf zu achten, dass in der Hausordnung nur Fragen von untergeordneter Tragweite geregelt werden; auch über den Bereich der zwingend der Versammlung zukommenden Zuständigkeit sollten Entscheide von weitreichender Bedeutung (z.B. Regelung der Frage, inwieweit eine berufliche Tätigkeit in der Eigentumswohnung ausgeübt werden darf) nicht der alleinigen Entscheidungsmacht des Verwalters überlassen werden. Ein Korrektiv würde aber immerhin in der Bestimmung bestehen, dass die Stockwerkeigentümerversammlung nachträglich die ihr nicht beliebenden Bestimmungen ändern kann[138] oder dass die Hausordnung ihrer Genehmigung bedarf.

Fragen, die sich in der Hausordnung regeln lassen, sind etwa:

- Verankerung des Grundsatzes der gegenseitigen Rücksichtnahme und Toleranz sowie allfälliger Konkretisierungen dazu (z.B. Lärmschutz: zeitliche Grenzen für die Musikausübung, die Benutzung der Waschmaschine u.a.)[139];
- Regelung des Gebrauchs der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen;
- Vorschriften zur Verhinderung von Schäden (z.B. Heizungskörper nicht vollständig abstellen, Unterlagen für sehr schwere Möbel);
- Ordnung des Verfahrens zur sofortigen Schadensabwendung (Mitteilungspflicht zuhanden des Verwalters, Selbsthilfe);

134 K. Müller, 127.
135 Hinten § 30.
136 Hinten § 32.
137 Vorne § 12 IV 6.
138 Vgl. Art. 54 Abs. 2 des Reglementes von K. Müller (166).
139 Vorne § 12 IV 6.

- Betretungsrecht der Eigentumswohnungen durch den Verwalter und erforderliche Voranzeige;
- Haustürschliessung[140];
- Halten von Haustieren[141];
- Vermietung der Eigentumswohnungen[142];
- Anforderungen an die äussere Gestaltung (z.B. Teppiche klopfen, Wäsche hängen, Balkon- und Gartengestaltung);
- Verbot der übermässigen Beanspruchung gemeinschaftlicher Teile (z.B. durch Abstellen von Waren in Gängen);
- Reinigungsarbeiten (Treppenhaus, Vorplatz).

Der Verwalter kann weiter berechtigt sein, Benützungsreglemente zu erlassen, z.B. im Hinblick auf den Gebrauch der Waschküche oder des Gartens.

3. Judikative Aufgaben

Der Verwalter hat insbesondere dann eine richterliche Funktion, wenn ihm vertraglich das Recht eingeräumt wird, Bussen auszusprechen[143]. Damit gewinnen auch seine allfälligen Beanstandungen gegenüber einzelnen Stockwerkeigentümern an Gewicht. Falls dem Verwalter diese Kompetenz zukommt, sollten aber die finanziellen Grenzen der Bussenausfällung festgelegt und ein Anfechtungsrecht an die Versammlung (andernfalls kann direkt der Richter angegangen werden[144]) verankert werden.

Dem Verwalter lässt sich weiter das Recht einräumen, Streitigkeiten unter den Stockwerkeigentümern zu schlichten[145]. Von dieser Möglichkeit sollte aber nicht unbedingt Gebrauch gemacht werden, weil eine entsprechende Kompetenz zu grosse Anforderungen an seinen Einfluss und seine Autorität stellen würde[146]; vorzuziehen wäre, wenn schon eine "Schlichtungsstelle" geschaffen werden soll, eine über der Sache stehende, objektive und neutrale Persönlichkeit, damit die Betroffenen den Entscheid innerlich akzeptieren können. Die Tätigkeit des Verwalters sollte deshalb vornehmlich nur Vermittlungsfunktionen umfassen.

Schliesslich kommt noch weiteren möglichen Anordnungen des Verwalters Sanktionscharakter zu (auch wenn es sich nicht um eine judikative Entscheidkompetenz handelt). Beispielsweise kann eine Benützungsordnung (Hallenbad, Waschküche) den Verwalter berechtigen, einen vorschriftswidrig sich verhaltenden Stockwerkeigentümer für eine gewisse Zeit vom Gebrauch auszuschliessen. Weiter lässt sich in der Gemeinschaftsordnung oder im Reglement vorsehen, dass gegenüber einem fehlbaren Gemeinschaftsmitglied die Leistungen verweigert werden können[147] oder dass z.B. bei der Nichtbezahlung der Beiträge eine Konventional-

140 Vorne § 14 III B 5.
141 Vorne § 13 II B.
142 Vorne § 13 III A; gerade in diesem Punkt ist es von nicht zu unterschätzender Wichtigkeit, die Grundsätze bereits in der Gemeinschaftsordnung oder im Reglement zu regeln.
143 Hinten § 30 III 3.
144 Hinten § 30 III 3.
145 Bärmann/Pick, § 27, N 25.
146 So auch K. Müller, 130.
147 Dazu eingehend hinten § 29, 2.

strafe ausgefällt wird. Je nach den konkreten Umständen ist dabei der Verwalter zur selbständigen Vornahme der Sanktion für zuständig zu erklären oder ist ihm ein Antragsrecht an die Versammlung einzuräumen; meist haben nur schon präventive "Drohungen" nachhaltige Wirkungen[148]. Schliesslich ist es denkbar, dem Verwalter das Recht zuzugestehen, zuhanden der Versammlung den Antrag auf Ausschluss des betreffenden Stockwerkeigentümers einzureichen; der Verwalter ist nämlich diejenige Person, die hauptsächlich Kenntnis hat vom ungebührlichen und säumigen Verhalten[149].

148 Vgl. K. Müller, 130 f.
149 Friedrich, § 51, N 8; K. Müller, 130 f.

7. Kap.

Sanktionen der Gemeinschaftsordnung

§ 29 Überblick über die möglichen Sanktionen gegenüber pflichtwidrig sich verhaltenden Stockwerkeigentümern

1. Wie bei jeder Personenvereinigung muss auch bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft damit gerechnet werden, dass einzelne Mitglieder die Pflichten, die mit ihrer Stellung in der Gemeinschaft verbunden sind, nicht erfüllen. Gegenüber einem solchen pflichtwidrigen Verhalten kann die Stockwerkeigentümergemeinschaft in verschiedener Weise reagieren; wenn die Massnahme aber nicht einen gewissen Sanktionscharakter hat, dürfte die innere Ordnung schnell einmal aufgeweicht sein.

Das Gesetz könnte an sich für eine bestimmte Personenvereinigung einen abschliessenden Sanktionenkatalog vorsehen. Beim Stockwerkeigentum hat der Gesetzgeber jedoch ein anderes Vorgehen gewählt: Sowohl im schweizerischen wie im deutschen Recht ist nur der Ausschluss des Stockwerkeigentümers als schärfste Anordnung ausdrücklich geregelt (ZGB 649b; WEG 18 f); im übrigen gilt – innerhalb der allgemeinen Rechtsgrundsätze – das Prinzip der Vertragsfreiheit; die gesetzliche Regelung stellt es somit den Stockwerkeigentümern weitgehend frei, wie sie die Sanktionsordnung gestalten wollen.

2. Als zwingend vorgeschriebene oder freiwillig (vertraglich) einführbare Repressionsmassnahmen gegenüber pflichtwidrig sich verhaltenden Stockwerkeigentümern kommen in Frage:

a) Ausschluss aus der Gemeinschaft: Bei dieser Sanktion handelt es sich um die gravierendste Massnahme, die den fehlbaren Stockwerkeigentümer am stärksten trifft. Sie kann zwingend nur dann ausgesprochen werden, wenn eine schwere und wiederholte Verletzung von Pflichten vorliegt, auf Grund derer es für die anderen Stockwerkeigentümer unzumutbar erscheint, das Gemeinschaftsverhältnis weiterhin aufrechtzuerhalten. Ebenso wie es vertraglich nicht möglich ist, den Ausschluss schon bei Vorliegen kleinerer Pflichtwidrigkeiten als anwendbar zu erklären, kann er in der Gemeinschaftsordnung auch nicht vollständig ausgeschlossen werden, weil das Gesetz sein Bestehen unabdingbar voraussetzt[1].

b) Vertraglich nicht generell verzichtet werden kann auf allgemeine Klagen aus dem Miteigentum[2], etwa auf die rei vindicatio (Herausgabeklage), auf die Klagen aus dem Besitz oder auf eine Feststellungsklage (z.B. bei Streit um die Quotengrösse).

c) Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Unterlassungsklage, sei es die einfache actio negatoria (ZGB 641 II; BGB 1004 I)[3] oder die Klage auf Beseitigung der Schädigung bzw. Schutz gegen drohenden Schaden bei nachbarschaftlichen Rechtsüberschreitungen, verbunden allenfalls mit einer Schadenersatz-

1 Zur Begründung hinten § 32 I.
2 Überblick bei Meier-Hayoz, Art. 646, N 71 ff.
3 Meier-Hayoz, Art. 641, N 59 ff und die deutschen Kommentare zu BGB 1004.

klage (ZGB 679)[4]: Sie ist nämlich anwendbar für den Fall der Hinderung oder Beeinträchtigung des Mitgebrauchs der gemeinschaftlichen Teile durch einen Stockwerkeigentümer[5]. Ein allgemeiner vertraglicher Ausschluss solcher Klagen in der Gemeinschaftsordnung ist unzulässig; die Gemeinschaft kann nur im Einzelfall auf die Durchführung des allfälligen Anspruches verzichten.

d) Ohne besondere vertragliche Regelung steht der Gemeinschaft auch ein Schadenersatzanspruch gegenüber einem fehlbaren Stockwerkeigentümer zu; es gelten die allgemeinen Voraussetzungen der vertraglichen Haftung (OR 97 ff; BGB 249 ff)[6]. Schadenersatzansprüche sind an sich der Dispositionsfreiheit der Beteiligten nicht entzogen; vertraglich wegbedungen werden kann die Haftung aber nur für leichtes Verschulden (OR 100)[7]; darüber hinaus darf auch für diesen Fall die Wegbedingung der Haftung nicht sittenwidrig sein[8]. Wird nun in einer Gemeinschaftsordnung bestimmt, die Haftung für durch leichte Fahrlässigkeit eines Stockwerkeigentümers verursachte Schäden übernehme die Gemeinschaft, so wird sich unter Umständen anhand eines konkreten Beispieles die Frage stellen, ob die entsprechende Bestimmung wegen einer allzugrossen Unbestimmtheit als unsittlich (OR 20; BGB 138) oder als die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit (ZGB 27) übermässig einschränkend zu betrachten ist.

Schadenersatzansprüche können sich insbesondere auch dann stellen, wenn in der Gemeinschaftsordnung ein Ersatzvornahmerecht vorgesehen ist, das den Verwalter berechtigt, die dringend notwendigen Anordnungen auf Kosten des betreffenden Stockwerkeigentümers vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen.

e) Steht der Gemeinschaft weiter auf Grund von OR 82/BGB 320 die Möglichkeit offen, eigene Leistungen bei Zahlungsrückständen des Stockwerkeigentümers zurückzubehalten? Die Frage wird von einzelnen schweizerischen Autoren bejaht, wenn auch ohne Begründung[9]. Wie sieht nun die Rechtslage im einzelnen aus?

– Das Gesetz spricht von zweiseitig; gemeint ist aber gegenseitig, und zwar im Sinne eines Austauschverhältnisses: Die exceptio non rite adimpleti contractus ist anwendbar, wenn die Verpflichtungen der beiden Vertragsparteien in ihrer Entstehung (genetisch) und ihrer Erfüllung (funktionell) gegenseitig bedingt sind. Die herrschende Lehre lehnt denn auch die Anwendung von OR 82/BGB 320 im Gesellschaftsrecht überwiegend ab[10], weil es dort nicht um den Austausch von Leistungen gegeneinander geht, sondern um parallel auf die Er-

4 Meier-Hayoz, Art. 679, N 110 ff sowie eingehend Emil W. Stark, Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB, Zürich 1952; eine entsprechende Vorschrift fehlt im deutschen Recht.

5 Meier-Hayoz, Art. 648, N 18.

6 Friedrich, § 56, N 6.

7 In Deutschland ist nur der Haftungsausschluss für vorsätzliche Schädigung unzulässig (BGB 276 II).

8 Becker, Art. 100, N 10.

9 Friedrich, § 56, N 9; K. Müller, 130; Studer, 99.

10 Becker, Art. 82, N 3; Oser/Schönenberger, Art. 82, N 4; Werner von Steiger, Gesellschaftsrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Basel und Stuttgart 1976, 375 f; Otto M. Bürgi, Die Anwendung der exceptio non adimpleti contractus im Gesellschaftsrecht, SJZ 1961, 334 ff; für Deutschland etwa Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 1975, Bd. I/1, 169 f; a.A. Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958, 139, 140 ff.

reichung des gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Mitteln sich beziehende Leistungen (actio pro socio).

Die Stockwerkeigentümergemeinschaft kann nun aber nicht mit einer Gesellschaft gleichgestellt werden, weil bei ihr nicht eine bestimmte Zweckerreichung auf Grund unternehmerischer Tätigkeit im Vordergrund steht, sondern die Werterhaltung des gemeinschaftlichen Gebäudes. Die genetische und funktionelle Beziehung zwischen den Kostenbeiträgen und den Leistungen der Gemeinschaft (z.B. Zurverfügungstellung der gemeinschaftlichen Einrichtungen) ist also enger (nicht nur Parallelität der Ansprüche der Beteiligten).

– Friedrich[11] will die Regeln des Mietvertragsrechts analog beiziehen; abgesehen davon, dass nicht klar ist, welche Regeln er meint (bzw. ob es überhaupt solche gibt), ist der Mietvertrag keine geeignete Vergleichsbasis, weil der Mietzins, jedenfalls zu einem wesentlichen Teil, das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung der allein bewohnten Teile darstellt, was für das Stockwerkeigentum gerade wegfällt, als auslösendes Moment für die exceptio kämen also nur etwa die nicht bezahlten Akontoleistungen für die Heizung in Frage (aber auch nur hinsichtlich der Versorgung mit Heizwärme).

– M.E. basiert die Beitragspflicht des Stockwerkeigentümers mehr auf einem Austausch- (gegenseitige Leistungserbringung) als einem Gesellschaftsverhältnis (gemeinsame Zweckverfolgung), weshalb OR 82/BGB 320 beschränkt anwendbar sind. Der einzelne zahlt ja seine Beiträge an die Unkosten der Gemeinschaft, die zu einem wesentlichen Teil dadurch entstehen, dass das Gebäude und die gemeinschaftlichen Anlagen unterhalten werden müssen; die Sperrung dieser gemeinschaftlichen Einrichtungen bei Ausbleiben der Beiträge scheint deshalb nicht ungerechtfertigt. Nicht in Frage kommt dabei etwa das Treppenhaus, weil sonst der Stockwerkeigentümer keinen Zugang mehr zu seiner Einheit hätte. Ob sich die Zurückhaltung von Heizwärme und Strom als sinnvoll erweist, ist zweifelhaft: Sofern eine solche Massnahme technisch überhaupt durchführbar ist, bringt sie unter Umständen den Nachteil mit sich, dass weitere Schäden entstehen könnten. Am ehesten denkbar erscheint deshalb die Sperrung z.B. der gemeinschaftlichen Waschküche und des Trockenraumes, des Bastelraumes, der Dachterrasse sowie insbesondere der allfälligen luxuriösen Einrichtungen (Schwimmbad, Fitness-Raum, Sauna-Anlage u.a.). Kaum anwendbar dürfte die exceptio aber bei der Nichtbezahlung der Beiträge an den gemeinschaftlichen Erneuerungsfonds sein, weil diesbezüglich die genetische und funktionelle Gegenseitigkeit der Leistungen wohl nicht angenommen werden kann.

f) Eine prozessuale Auseinandersetzung, sei es nun auf Unterlassung oder auf Schadenersatz, ist jedoch meist nicht nur langwierig und aufwendig, sondern führt regelmässig zu einem endgültigen Auseinanderklaffen der Vorstellungen des Störenden und der Gemeinschaft, das ein erspriessliches Zusammenleben für die Zukunft verunmöglicht. Deshalb erscheint es sinnvoll, vertraglich noch weitere Massnahmen, deren Tragweite beschränkter ist, vorzusehen. Als mildeste Anordnung ist die Ermahnung oder Verwarnung durch den Verwalter oder einen bestimmten Stockwerkeigentümer denkbar. Wenn ein solches Vorgehen keinen Erfolg zeitigt, können beschränkte Mitbenutzungs- oder Mitverwaltungsverbote verhängt werden (z.B. Unter-

11 Friedrich, § 56, N 9.

sagung der Benutzung des gemeinschaftlichen Schwimmbades, Stimmrechtsausschluss[12] u.a.); schliesslich lässt sich vertraglich die Möglichkeit vorsehen, eine Busse auszufällen, die eine "Denkzettelwirkung" hat, ohne dass es zu einem endgültigen Bruch zwischen der Gemeinschaft und dem einzelnen kommt. Dadurch wird die Stellung der Gemeinschaft in zweifacher Hinsicht gestärkt[13]:

- Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wird, zumindest wenn es sich um kleinere Beträge handelt, erleichtert.
- Die Möglichkeiten zur ausserprozessualen Durchsetzung von Erfüllungs- und Unterlassungsansprüchen werden gestärkt.

3. Mit der Möglichkeit der Ausfällung von Geldstrafen ist somit der Gemeinschaft ein Zwangsmittel in die Hand gegeben, "das zuerst durch die mit der Androhung und Auferlegung der Busse verbundene moralische Missbilligung, aber auch durch die dem Betroffenen erwachsende finanzielle Leistungspflicht wirkt"[14]. Zugleich ist dadurch die Gemeinschaft oft der Notwendigkeit enthoben, einen Prozess oder ein Ausschlussverfahren einzuleiten.

§ 30 Geldstrafen im besonderen

I Zulässigkeit und Begründung

1. Die herrschende Lehre in der Schweiz wie in Deutschland hegt keine rechtlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit von Geldstrafenbestimmungen in der Gemeinschaftsordnung[1]. Allgemein wird davon ausgegangen, dass die in ZGB 649b und WEG 18 f als einzige – und unabdingbar – erwähnte Sanktion des Ausschlusses aus der Gemeinschaft nicht exklusiv gemeint ist, sondern lediglich als einschneidendste Massnahme ausdrücklich geregelt wird. Auch für die Vereinbarung von Geldstrafen gilt somit der Grundsatz der Vertragsfreiheit: Die gesetzliche Regelung stellt es den Stockwerkeigentümern weitgehend frei, wie sie ihr Verhältnis zueinander gestalten wollen[2].

Geldstrafen sollen die Erfüllung der Gemeinschaftspflichten, die in Handlungen, insbesondere Leistungen, und in Unterlassungen bestehen können, sichern sowie erzwingen und daneben wohl auch Zuwiderhandlungen gegen diese Pflichten sühnen[3]. Die Bussen dürfen sich nur nicht gegen ein Verhalten nach Vorschriften richten,

12 Vgl. vorne § 21 II C 4.
13 Friedrich, § 56, N 9.
14 Friedrich, § 56, N 10.

1 Friedrich, § 56, N 9 ff; Bärmann/Pick, § 10, N 74 f und KK, 55; Weitnauer/Wirths, § 10, N 14b; Diester, NJW 1960, 272; Bopp, 140; eingehend das BayObLG, 24.11.1959, NJW 1960, 292 ff; kritisch einzig Karstädt, MDR 1965, 258 f.

2 Ausdrücklich so WEG 10 I 2. Eine Schranke hat jedoch das AGBG für Deutschland gebracht: Sofern die Gemeinschaftsordnung vorformuliert (einseitig und unabänderlich für die Mehrheit) aufgestellt ist, können für den Zahlungsverzug bei Leistungen (z.B. Beiträge) keine Bussen mehr verhängt werden (AGBG 11 Nr. 6).

3 BayObLG (Anm. 1), 293.

die das Gesetz ausdrücklich als zwingend bezeichnet; ebenso müssen sie sich im Rahmen der allgemeinen Rechtsgrundsätze (Sittlichkeit, Treu und Glauben) und des Grundcharakters der von den Stockwerkeigentümern gebildeten, besonders gearteten Gemeinschaft halten.

Die Gemeinschaftsordnung, welche die Grundlage für ein geordnetes Zusammenleben unter den Stockwerkeigentümern bildet, übernimmt – mit den darin allenfalls vorgesehenen Geldstrafen – etwa die Funktion der Vereinsstatuten, zumal sie auch gegenüber den Rechtsnachfolgern gilt (ZGB 649a; WEG 10 II). Wie beim Verein können sich die Stockwerkeigentümer durch die Inaussichtstellung von Sanktionen gegenseitig zur Erfüllung der Gemeinschaftspflichten anhalten.

2. Die Einführung von Geldstrafen in der Gemeinschaftsordnung bedarf der Einstimmigkeit[4]. Auch die qualifizierte Mehrheit, mit der in der Schweiz Reglementsbestimmungen zustande kommen, reicht nicht aus[5]. Die Ausfällung von Geldstrafen tangiert direkt die Rechtsstellung des einzelnen und stellt einen Eingriff in seine Persönlichkeitssphäre dar, der ohne sein Einverständnis unzulässig erscheint. Das Einstimmigkeitserfordernis gilt auch für die Abänderung; weil dieses in der Praxis nur schwer zu erreichen ist, empfiehlt es sich, eine vertragliche Lösung zu suchen, die es erlaubt, die Bussenbeträge der Teuerung anzupassen; der entsprechende Betrag kann durch eine Prozentzahl, einen weiten Ermessensbereich für die entscheidende Instanz[6] oder einen im vorhinein festgelegten Abänderungsvorbehalt flexibel gehalten werden.

II Rechtsnatur der Geldstrafe

1. In der deutschen Literatur ist umstritten, ob es sich bei der Geldstrafe im Wohnungseigentumsrecht um eine Vertrags-[7] oder eine Vereinsstrafe[8] handelt. In der Schweiz ist demgegenüber das Problem noch kaum erkannt worden[9]. Der Entscheid in dieser Frage ist jedoch nicht nur von theoretischem Interesse, sondern zeitigt auch Folgen im Hinblick auf die Eingriffsbefugnisse des Richters[10].

4 Statt vieler: BayObLG (Anm. 1), 293.

5 Unsicher Friedrich, § 56, N 11; dennoch enthält sein Reglement eine entsprechende Bestimmung (§ 56).

6 So hat die im Entscheid des BayObLG (Anm. 1) umstrittene – und vom Gericht akzeptierte – Bestimmung der Teilungserklärung vorgesehen, dass der fehlbare Wohnungseigentümer mit einer Geldstrafe belegt werden kann, "die zwischen 1 DM und dem Zeitwert seines Anteils für jede Zuwiderhandlung festgelegt werden kann" (NJW 1960, 292).

7 So Bärmann/Pick, § 10, N 75; in dieser Weise müssen wohl auch die Ausführungen von Hermann Weitnauer (Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe, in: Festschrift für Rudolf Reinhardt, Köln 1972, 179 ff) interpretiert werden.

8 Weitnauer/Wirths, § 10, N 14b (im Gegensatz zu dem in der vorerwähnten Anmerkung zitierten Aufsatz!); Diester, Rechtsprechung, 113 sowie eingehend das BayObLG (Anm. 1), 293 f; vgl. in diesem Sinne auch Ulrich Meyer-Cording, Die Vereinsstrafe, Tübingen 1957, 54 ff.

9 So setzt Friedrich (§ 56, N 10) die Geldstrafe ("Busse") kurzerhand mit der Konventionalstrafe gleich, ohne sich offensichtlich dieser Problematik bewusst zu sein.

10 Im vorliegenden Rahmen kann es natürlich keinesfalls darum gehen, eine abgerundete Darstellung der Abgrenzungsproblematik zwischen der Konventional- und der Vereinsstrafe zu

a) Die eigentliche Konventionalstrafe (Vertragsstrafe) ist Bestandteil eines obligationenrechtlichen Vertrags (OR 160 ff; BGB 339 ff) zwischen zwei – oder allenfalls auch mehr – gleichgestellten Personen[11]; sie stellt die Vertragserfüllung sicher und ist verwirkt, wenn die eine Vertragspartei ihre primäre Verpflichtung nicht erfüllt. Sie hat deshalb grundsätzlich Schadenersatzfunktion[12].

b) Demgegenüber handelt es sich bei der Vereinsstrafe vorwiegend um eine Disziplinarsanktion[13], die dann Anwendung findet, wenn der einzelne gegen die innere Ordnung der Gemeinschaft verstösst[14].

2. Der wohl grössere Teil der deutschen Lehre[15] erachtet die Geldstrafen bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft als Vereinsstrafen. Sofern dafür überhaupt eine Begründung gegeben wird, sieht die Argumentation wie folgt aus:

Die Geldstrafen der Wohnungseigentümergemeinschaft "stehen nach ihrer sozialen Funktion auf einer Stufe mit den vereinsrechtlich vorgesehenen Geldstrafen, welche die Einhaltung der Verbandsdisziplin sichern sollen. Sie beruhen nur in einem weiteren Sinne auf dem Vertrag über die Begründung von Wohnungseigentum (§§ 2, 3 WEG), unmittelbar aber dann, wenn die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer einmal entstanden ist, auf der für sie geltenden Gemeinschaftsordnung. Das tritt in dem Falle besonders deutlich in Erscheinung, wenn das Wohnungseigentum nicht durch vertragliche Einräumung, sondern durch Vorratsteilung des Grundstückeigentümers nach §§ 8, 2 WEG begründet wird"[16]. Auch der Beitritt zu einem Verein erfolgt durch einen Vertrag, doch nachdem der Verein einmal gegründet ist, gilt seine Satzung nicht mehr als Vertrag, sondern als "Verfassung", der sich die Mitglieder freiwillig unterworfen haben[17].

3. Dieser Ausgangslage ist m.E. zuzustimmen; dennoch kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, alle in der Gemeinschaftsordnung vorgesehenen Geld-

geben, zumal sich die schweizerische Literatur damit noch kaum befasst hat (vgl. nun immerhin die Dissertation von Claude Corbat, Les peines statutaires, Fribourg 1974); mit einer knappen Problemskizzierung und weiteren Literaturhinweisen soll die eigene Stellungnahme vorbereitet werden.

11 Vgl. Weitnauer (Anm. 7), 181 ff; Eduard Bötticher, Wesen und Arten der Vertragsstrafen sowie deren Kontrolle, ZfA 1970, 3 ff.

12 Eine Vertragsstrafe kann zwar auch für den Fall vereinbart werden, dass der Versprechende durch sein der Sanktion unterliegendes Verhalten nicht gegen eine Verpflichtung zum Handeln oder Unterlassen verstösst (Bötticher, Anm. 11, 6); dabei handelt es sich aber doch wohl um einen eher theoretischen Fall und es ist gewöhnlich davon auszugehen, dass im Vordergrund diejenigen Fälle stehen, in denen die Vertragsstrafe eine Reaktion auf die Verletzung einer schuldrechtlichen Verpflichtung darstellt (so auch Weitnauer, Anm. 7, 181).

13 So ausdrücklich Werner Flume, Die Vereinsstrafe, in: Festschrift für Eduard Bötticher, Berlin 1969, 101 ff (101); vgl. auch Weitnauer (Anm. 7), 185 ff sowie insbesondere Meyer-Cording (Anm. 8) mit eingehender – nomothetischer – Begründung (70 ff).

14 In der Schweiz fehlt es an einer wissenschaftlichen Durchdringung der Frage. Immerhin scheinen das Bundesgericht (6.7.1954, BGE 80 II 133) und Heini (552, Anm. 58) der Meinung zu sein, dass Vereinsstrafe und Konventionalstrafe nicht einfach gleichgesetzt werden können; so nun auch Corbat (Anm. 10), 73. Demgegenüber erkennen verschiedene Autoren den grundlegenden Unterschied nicht; typisch dafür ist etwa die Aussage von Egger, Art. 71, N 10: "Die Bussen, Geldstrafen, amendes, wie sie viele Vereine, Genossenschaften, Kartelle zur Sicherung der mitgliedschaftlichen Verpflichtungen vorsehen, ... sind ihrer Natur nach Konventionalstrafen und unterliegen rein privatrechtlicher Beurteilung"; in diesem Sinne auch Becker, Art. 160, N 1; Oser/Schönenberger, Art. 160–163, N 9; Guhl/Merz/Kummer, 486; Kassationsgericht des Kantons Zürich, 6.7.1959, SJZ 1959, 347; unklar von Tuhr/Escher, 278.

15 Vgl. die vorne in Anm. 8 zitierten Autoren.

16 BayObLG (Anm. 1), 293.

17 Meyer-Cording (Anm. 8), 43 ff.

strafen seien Vereinsstrafen[18]. Es muss nämlich nach der Funktion der betreffenden Sanktion sowie nach deren konkreter Ausgestaltung unterschieden werden[19].

a) Konventionalstrafen haben grundsätzlich Sanktionscharakter bei Verletzung schuldrechtlicher Verpflichtungen und damit Schadenersatzfunktion[20]; sie sind zudem von vorneherein bestimmt oder wenigstens nach gewissen Faktoren durch den Anspruchsberechtigten bestimmbar, nie liegen sie aber in seinem vollständigen Ermessen; schliesslich lebt das Recht auf Konventionalstrafe mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses ohne weiteres auf und der Berechtigte braucht die Geldstrafe nicht speziell zu verhängen, sondern er kann höchstens auf deren Durchsetzung verzichten. Eine solche Situation liegt z.B. dann vor, wenn der Betroffene ein Sondernutzungsrecht an einem Raum oder einer Fläche (Autoabstellplatz, Gartenanteil) zugeteilt erhält und sich nicht an die damit verbundenen Auflagen hält (etwa Unterhaltspflicht).

b) Wenn die Geldstrafe jedoch demgegenüber den Charakter einer Zwangs- und Ordnungsstrafe für begangene oder unterlassene Pflichtwidrigkeiten (im Sinne der Aufrechterhaltung der Gemeinschaftsdisziplin) hat[21], dann steht sie in der sozialen Funktion auf derselben Stufe wie die vereinsrechtlich vorgesehenen Bussen[22,23]. Die Folge der Geldstrafe tritt auch nicht unmittelbar mit dem pflichtwidrigen Verhalten ein, sondern bedarf der Verhängung durch das zuständige Organ; dieses Organ ist zudem häufig nicht an feste Kostenberechnungsfaktoren gebunden, sondern es steht ihm ein gewisser Ermessensspielraum offen. Um Vereinsstrafen handelt es sich demgemäss, wenn in der Gemeinschaftsordnung Strafbestimmungen vorgesehen werden, wonach gegenüber Stockwerkeigentümern, die sich nicht der Befolgung allgemeiner Ordnungsgrundsätze (Bewahrung des guten Zustandes der gemeinschaftlichen Sache, Aufrechterhaltung der äusseren Gestalt des Gebäudes, Beachtung gegenseitiger Ruhe und Rücksichtnahme u.a.) befleissigen, Bussen ausgefällt werden können. Solche Sanktionsbestimmungen zielen weniger darauf ab, die Verletzung einer schuldrechtlichen Pflicht zu sühnen, sondern – nicht zuletzt auch generalpräventiv – die Aufrechterhaltung der inneren Ordnung der Personenvereinigung zu sichern; mit der Geldstrafe wird auf die Gemeinschaftswidrigkeit reagiert.

c) Ein Grenzfall ist in jenen Fällen gegeben, in denen nicht von vorneherein klar ersichtlich ist, welcher Art die Sanktion ist, z.B. wenn für das ungerechtfertigte Nichtbezahlen der Kostenbeiträge eine Geldstrafe in Aussicht gestellt wird. In solchen Situationen muss im Einzelfall geprüft werden, ob mit der Geldstrafe in erster Linie eine disziplinarische Funktion erfüllt werden soll ("Denkzettelwirkung") oder ob es eher mehr um die einstweilige Deckung der ausstehenden Beiträge (ohne Prozessverfahren) geht (dies trifft etwa dann zu, wenn die Busse auf die offene

18 Mit diesem Schluss gehen die Vertreter der Vereinsstrafen-Theorie (Anm. 8) zu weit.

19 Andeutungsweise lässt sich eine differenzierte Betrachtungsweise auch aus der entsprechenden Bemerkung von Bärmann/Pick, KK, 55 herauslesen.

20 Weitnauer (Anm. 7), 181.

21 So ausdrücklich Flume (Anm. 13), 101.

22 BayObLG (Anm. 1), 293.

23 Die Gleichstellung von Vereins- und Konventionalstrafe ist um so problematischer, als es im Verein ohnehin überwiegend um Geldstrafen wegen disziplinwidrigen Verhaltens und weniger wegen schädigender Handlungen geht.

Schuld angerechnet wird). Weitere Indizien, die bei den Abgrenzungserwägungen herbeigezogen werden können, sind die Bestimmbarkeit der Geldstrafe bzw. der Ermessensspielraum des sie verhängenden Organs und die Art der Ausfällung.

d) Diese Abgrenzung mag auf den ersten Blick etwas unübersichtlich scheinen, ist m.E. aber unumgänglich, will man nicht an die Bussenbestimmungen allenfalls Rechtsfolgen knüpfen, die mit der Art der Geldstrafe an sich gar keinen inneren Zusammenhang haben. In der praktischen Anwendung dürften sich meist auch weniger Probleme stellen als bei der theoretischen Erörterung, weil die Einzelbeispiele der Gemeinschaftsordnungen konkreter fassbar sind; zudem kann die Übersichtlichkeit bei der Vertragsgestaltung dadurch gesteigert werden, dass eine gewisse Typologie von Geldstrafen angestrebt wird.

III Gründe, Verhängung und richterliche Überprüfung der Geldstrafe

1. Zur Gültigkeit bedarf die Einführung von Geldstrafen der Aufnahme in die Gemeinschaftsordnung; sie können nur einstimmig vereinbart werden[24].

2. Die Stockwerkeigentümer haben bei der Festlegung der Gründe, die zur Ausfällung einer Geldstrafe berechtigen, einen relativ weiten Gestaltungsbereich. In zweierlei Hinsicht bestehen jedoch Grenzen:

a) Die Strafnormen müssen ein möglichst optimales Mass an Bestimmbarkeit aufweisen[25]. Damit wird nicht nur dem Legalitätsprinzip Genüge getan, sondern zugleich die wichtige Anforderung der Vorhersehbarkeit belastender Rechtsnormen verwirklicht. Es reicht deshalb m.E. nicht aus, zu bestimmen, wer sich gemeinschaftswidrig verhalte, müsse mit der Belegung durch eine Geldstrafe rechnen. Mindestens hat die entsprechende Vorschrift inhaltlich festzulegen, dass Verstösse gegen die Gemeinschaftsordnung und das Reglement geahndet werden. Falls auch die Verletzung von Anordnungen der Hausordnung strafbar ist, ist zu fordern, dass eine materielle Konkretisierung der Tatbestände in der Gemeinschaftsordnung vorgenommen wird; andernfalls muss der einzelne damit rechnen, dass die einfache Mehrheit aller Beteiligten oder sogar der Verwalter die Hausordnung mit – verletzbaren – Pflichtvorschriften ergänzt, zu denen er nie seine Zustimmung gegeben hätte.

b) Die Gründe, die zur Ausfällung einer Busse berechtigen, haben weiter in einem Zusammenhang zu stehen mit der Funktion und dem Ziel der Stockwerkeigentümergemeinschaft; die Personenvereinigung muss somit ein sachgemässes Interesse an einer Bestrafung haben; es dürfen nicht Geldstrafen mit Mitteln und Motiven in Aussicht gestellt werden, die in überhaupt keinem Zusammenhang mit der Stockwerkeigentümergemeinschaft stehen (z.B. Verhängung einer Busse gegenüber demjenigen, der am Sonntag nicht zur Kirche geht). Bei solchen zweckfremden Gründen verliert eine Strafbestimmung ihre Legitimität[26].

24 Vorne § 30 I.

25 Dazu eingehend die aufschlussreiche Studie von Hans Dubs, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, ZSR 1974 II 223 ff.

26 Corbat (Anm. 10), 137.

Unzulässig sind auch Strafbestimmungen, die sich auf die Verletzung von übermässigen Verpflichtungen abstützen: So ist es der Gemeinschaft nicht erlaubt, Pflichten der einzelnen Stockwerkeigentümer zu statuieren, die in ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit eingreifen[27]; weil niemand auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit ganz oder teilweise verzichten (ZGB 27) und sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht und die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann (ZGB 27 II), ist auch eine Inkriminierung eines solchen Verhaltens rechtswidrig[28]. So kann die Stockwerkeigentümergemeinschaft beispielsweise nicht vereinbaren, dass ein seine Einheit verkaufender Stockwerkeigentümer eine erhebliche Provision abzuliefern habe (ohne dass die Gemeinschaft etwas unternommen hätte), und diese Verpflichtung mit einer Geldstrafe sichern.

Schliesslich darf die rechtmässige Ausübung der Mitgliedschaftsrechte kein Grund für eine Busse sein; auch wer gegen die Décharge des Verwalters, eine Änderung der Gemeinschaftsordnung (sogar wenn sie sinnvoll wäre) stimmt oder wer – trotz des Verzichtes aller anderen Stockwerkeigentümer – die Rückerstattung zuviel bezahlter Heizkostenbeiträge verlangt, verhält sich nicht gemeinschaftswidrig, ausser wenn sein Vorgehen als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden muss[29].

3. Die Ausfällung der Busse, sofern sie nicht a priori verwirkt wird, und die Bestimmung ihrer Höhe, wenn sich der Betrag nicht bereits aus der vertraglichen Grundlage ergibt, obliegen grundsätzlich der Stockwerkeigentümerversammlung. Für den Beschluss genügt eine einfache Mehrheit[30]; wie jeder andere Versammlungsentscheid kann er beim Richter angefochten werden[31]. Die einbezahlte Geldstrafe kommt der Gemeinschaft zu; als sinnvoll erweist sich die vertragliche Zuweisung an den Erneuerungsfonds.

Wenn der Verwalter oder der Ausschuss berechtigt ist, die Busse auszufällen, und vertraglich kein Rekursrecht an die Stockwerkeigentümerversammlung vereinbart wurde, kann deren Entscheid beim Richter angefochten werden[32], weil es sich um eine Beeinträchtigung der Mitgliedschaftsrechte handelt.

4. Bei der Frage des Umfangs des richterlichen Überprüfungsrechts kommt es darauf an, ob es sich bei der ausgefällten "Busse" um eine Konventional- oder eine Vereinsstrafe handelt. Unabhängig von der Strafart hat der Richter vorgängig aber folgende Punkte zu prüfen:

- Vorhandensein der vertraglichen Grundlage (findet die Geldstrafe in der Gemeinschaftsordnung eine Stütze?);
- Beachtung des formellen Verfahrens.

a) Eine Konventionalstrafe ist nicht nur dann unzulässig, wenn sie nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen widerrechtlich oder unsittlich ist (ausdrücklich wieder-

27 Vgl. Corbat (Anm. 10), 92.
28 Dazu auch Peter Jäggi, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 1960, 152a sowie für das deutsche Recht, dem eine entsprechende Bestimmung zu ZGB 27 fehlt, Hermann Weitnauer, Die unverzichtbare Handlungsfreiheit, in: Festschrift für Friedrich Weber, Berlin 1975, 429 ff.
29 Corbat (Anm. 10), 93.
30 BayObLG (Anm. 1), 293; Weitnauer/Wirths, § 10, N 14b.
31 Dazu vorne § 24.
32 Bundesgericht, 4.6.1926, BGE 52 I 75; Heini, 549.

holt in OR 163 II), sondern sie kann vom Richter überdies nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände herabgesetzt werden, falls sie übermässig hoch ist (OR 163 III; BGB 343). Es handelt sich bei dieser zwingenden Vorschrift[33] somit um einen gesetzlichen Sonderfall, auf Grund dessen der Richter ausnahmsweise gestaltend in einen Vertrag eingreifen kann[34].

Sowohl im schweizerischen[35] wie im deutschen[36] Recht existieren eine umfangreiche Rechtsprechung und Lehre zur Frage der Angemessenheit von Konventionalstrafen: Allgemeine Richtlinien lassen sich dabei kaum geben, weil die Würdigung des Einzelfalles über die Frage entscheidet, ob eine solche angemessen ist oder nicht. Ein richterliches Eingreifen ist dann geboten, "wenn das Ausmass der Konventionalstrafe unvernünftig übersetzt ist und mit den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit in offenbarem Widerspruch steht. Ob dies der Fall sei, ist zu entscheiden unter Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen der vereinbarten Konventionalstrafe und dem Interesse"[37] des Berechtigten an der Erfüllung der gesicherten Forderung.

Beim Stockwerkeigentum werden hohe Konventionalstrafen im Normalfall wohl beschränkt sein auf die pflichtwidrige Unterlassung der Unterhaltspflichten an Gebäudeteilen, die zu grossen Schäden führen können.

b) Vereinsstrafen dürfen ebenfalls nicht sittenwidrig sein oder gegen zwingende Gesetzesnormen verstossen; darüber hinaus fehlt jedoch eine OR 163 III/BGB 343 entsprechende Eingriffskompetenz des Richters.

Der Umfang der Überprüfungsbefugnis hinsichtlich der Höhe von Vereinsbussen ist in der deutschen Lehre und Rechtsprechung weitgehend geklärt: Der Richter kann eine Geldstrafe nur aufheben (nicht gestaltend eingreifen), wenn sie offenbar unbillig ist[38]. Eine solche offenbare Unbilligkeit und damit ein Missbrauch der Strafgewalt wird dann angenommen, wenn die verhängte Geldstrafe nach Grund oder Höhe gegen Sinn und Zweck der Strafvereinbarung verstösst, also dann, "wenn die innerhalb des vereinbarten Rahmens verhängte Geldstrafe im Einzelfall den Grad des Verschuldens des bestraften Wohnungseigentümers und die Gefährdung der Gemeinschaftsinteressen durch seine Zuwiderhandlung überbewertet und deshalb jedem verständigen Beurteiler, der die gesamten Umstände kennt, als masslos hoch und eindeutig ungerecht erscheint"[39]. Immerhin erscheint ein klarer Verstoss gegen das Gleichbehandlungsprinzip ebenso als offenbar unbillig[40]. Hingegen kann

33 Palandt/Heinrichs, § 343, N 1d.

34 Zur theoretischen Begründung Urs Widmer, Der richterliche Eingriff in den Vertrag, Diss. Zürich 1971, 41 ff.

35 von Tuhr/Escher, 284 ff; Becker, Art. 163, N 8–18; Oser/Schönenberger, Art. 163, N 11–16; Widmer (Anm. 34), 73 ff und dort zitierte Literatur sowie die folgenden Bundesgerichtsentscheide: BGE 95 II 540 (28.10.1969), 91 II 383 f (5.10.1965), 82 II 146 f (24.3.1956), 69 II 79 (12.4.1943).

36 Palandt/Heinrichs, § 343, N 1c und Soergel/Schmidt, § 343, N 2 f sowie die bei diesen Autoren ausführlich zitierte Rechtsprechung.

37 Bundesgericht, 24.3.1956, BGE 82 II 146.

38 Ausführlich der Bundesgerichtshof im Entscheid vom 4.10.1956 (BGHZ 21, 370 ff); betr. offenbare Unbilligkeit beim Ausschluss aus dem Verein BGHZ 47, 381 ff (20.4.1967).

39 BayObLG (Anm. 1), 294.

40 Vgl. dazu etwa Herbert Wiedemann, Richterliche Kontrolle privater Vereinsmacht, JZ 1968, 219 ff.

der Richter die Strafen nicht nach seinem Ermessen selber festsetzen[41], sondern sie nur – bei Unbilligkeit – für ungültig erklären.

Demgegenüber ist diese Frage in der schweizerischen Doktrin noch weitgehend ungeklärt. Der Grossteil der Autoren hat den Unterschied zwischen der Vereins- und der Konventionalstrafe ohnehin nicht richtig erkannt[42]. Im übrigen hat das Bundesgericht die Frage ausdrücklich offengelassen, ob die Begründetheit einer vom Verein dem Mitglied auferlegten Busse vom Richter frei überprüft werden könne[43]; ohne weitere Begründung haben sich zwei Autoren dazu in bejahendem Sinne geäussert[44]. Auch wenn man dieser These folgen wollte, scheint doch gesichert, dass die freie Überprüfbarkeit bei der Vereinsstrafe nur die Möglichkeit deren Aufhebung, nicht aber das Eingriffsrecht in die Höhe der Busse umfasst (im Gegensatz zur Konventionalstrafe). Im Hinblick auf die Rechtsstellung des Mitgliedes ist die freie Überprüfbarkeit einer Geldstrafenverhängung durchaus zu begrüssen; hingegen wird dadurch m.E. der Gedanke der Gemeinschaftsautonomie überhaupt nicht beachtet. Die sich dabei allenfalls stellenden Interessengegensätze bedürften einer eingehenderen Abklärung und inhaltlichen Durchdringung, als sie hier geleistet werden kann; solche Stockwerkeigentümergemeinschaften, die in ihren Gemeinschaftsordnungen Geldstrafen vorgesehen haben oder vorsehen wollen, werden somit einer diesbezüglichen Rechtsunsicherheit ausgesetzt sein, die sich nur durch eine umfassende Auseinandersetzung mit den Funktionsbereichen von Konventional- und Vereinsstrafen sowie mit den sinnspezifischen Möglichkeiten des Richters, solche umzustossen oder zu ersetzen, vermindern lassen.

41 Anders Weitnauer (Anm. 7), 195; zwei Jahre später, in der 5. Aufl. seines Kommentars zum WEG (Weitnauer/Wirths, § 10, N 14b), hat er jedoch seine Meinung offenbar geändert.
42 Vorne Anm. 9.
43 Bundesgericht, 4.6.1926, BGE 52 I 75.
44 Heini, 550 f, Anm. 51; Corbat (Anm. 10), 127.

8. Kap.

Das Ausscheiden aus der Stockwerkeigentümergemeinschaft

§ 31 Der Bestandesschutz

1. Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer ist auf einen länger dauernden Bestand hin ausgerichtet. Dennoch ist es m.E. nicht ganz genau, von "Unauflöslichkeit der Gemeinschaft" (Randtitel von WEG 11) zu sprechen. Alle Stockwerkeigentümer gemeinsam können nämlich die Aufhebung des Stockwerkeigentums-Rechtsverhältnisses vertraglich vereinbaren (ausdrücklich in ZGB 712f II).

Der Bestandesschutz der Gemeinschaft äussert sich jedoch in zwei Punkten:

- Das Stockwerkeigentum bleibt auch dann weiter bestehen, wenn alle Miteigentumsanteile in einer Hand vereinigt sind (ZGB 712f II), ausser wenn der Betroffene die Löschung im Grundbuch ausdrücklich verlangt.
- Ein Gemeinschafter kann nicht die Auflösung der Stockwerkeigentümergemeinschaft verlangen, selbst wenn ein wichtiger Grund dafür vorliegen würde (ZGB 650 II; WEG 11 I); vorbehalten bleibt nur der Fall der ganzen oder teilweisen Zerstörung des Gebäudes, die es dem Stockwerkeigentümer unzumutbar macht, sich am Wiederaufbau zu beteiligen, wobei die übrigen Gemeinschafter immer noch die Möglichkeit haben, diesen abzufinden, um die Gemeinschaft zu erhalten (ZGB 712f III; WEG 11 I 3 i.V.m. WEG 22 II). Dieser Grundsatz des Ausschlusses der Klage auf Auflösung der Gemeinschaft aus wichtigem Grund ist einzigartig und findet sich weder bei den stark personalistisch (ZGB 545 II; BGB 723) noch bei den stark kapitalistisch konzipierten Gesellschaften (OR 736 4; nur beschränkt in AktG 262 und 396). Weil jedoch auch bei den Stockwerkeigentümergemeinschaften ein allgemein reibungsloses Funktionieren der Gemeinschaft nicht erwartet werden kann, sind andere Rechtsbehelfe auf diese besondere strukturelle Gegebenheit hin zu konzipieren bzw. auszugestalten.

2. Bestandesschutzvorschriften können sich in zwei Richtungen erstrecken:

- Der Bestand ist allenfalls gefährdet durch das Verhalten eines bisherigen Mitgliedes; damit die Gemeinschaft erhalten bleibt, bedarf sie einer Möglichkeit, um ein unverträgliches Mitglied aus dem Verband zu entfernen. Beide Rechte sehen deshalb den Ausschluss eines unzumutbar gewordenen Stockwerkeigentümers vor (ZGB 649b; WEG 18/19); das alleineigentümerähnliche Individualrecht des einzelnen muss also unter Umständen – als Schranke verlangen die Gesetze übereinstimmend das Vorliegen eines wichtigen Grundes – dem Interesse der Gemeinschaft am eigenen Bestand weichen.
- Eine ursprünglich reibungslos funktionierende Gemeinschaft kann in Gefahr kommen, wenn neue Mitglieder mit anderen Vorstellungen und unterschiedlichem Verhalten eintreten. Verhindern lassen sich solche Mutationen nicht, weil ein Veräusserungsverbot die Verfügungsfreiheit der Erstgemeinschafter unzulässig beeinträchtigen würde und überdies gesetzliche Nachfolgen (z.B. Erbgang) ohnehin nicht zu vermeiden sind. Das Gesetz räumt jedoch den Stockwerkeigentümern die Freiheit ein, wenigstens gewisse Schranken gegen neu ein-

tretende Gemeinschafter zu errichten, wobei diese jedoch einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung bedürfen:

= Das Vorkaufsrecht (ZGB 712c I; BGB 1095) lässt Dritterwerber wenigstens in denjenigen Fällen, in denen es ausgeübt werden kann, völlig in den Hintergrund treten, wobei sich jedoch ein bisheriger Gemeinschafter finden muss, der die zu verkaufende Eigentumswohnung zu den ausgehandelten Bedingungen (soweit es sich nicht um ein limitiertes Vorkaufsrecht handelt) übernimmt; zu beachten ist aber, dass die damit verbundene Machtzunahme nicht in jedem Fall erwünscht ist.

= Das Einspracherecht (ZGB 712c II und III; WEG 12) ermöglicht es den Stockwerkeigentümern, diejenigen Dritterwerber auszuschalten, die ein unzumutbares, mit dem Bestimmungszweck der Gemeinschaft nicht vereinbares Verhalten erwarten lassen; die Schutzwirkung ist aber insoweit nur relativ, als ein wichtiger Grund gegen das potentielle neue Mitglied vorliegen muss.

§ 32 Der Ausschluss eines Stockwerkeigentümers

I Funktion und Bedeutung des Ausschlusses

A Rechtfertigung und Stellung des Ausschlusses

1. Die Stockwerkeigentümer bilden ein grundsätzlich unauflösliches Gemeinschaftsverhältnis. Diese Sicherheit, Mitglied der Gemeinschaft bleiben zu können, wirkt sich jedoch dann nachteilig aus, wenn ein einzelner glaubt, deswegen alles tun und unterlassen zu dürfen, wie es ihm gerade beliebe. Es drängt sich deshalb die Schaffung eines Rechtsbehelfes auf, der es ermöglicht, einen gemeinschaftswidrig sich verhaltenden Stockwerkeigentümer aus der Gemeinschaft auszuschliessen, um den Bestand der Gemeinschaft vor einer Gefährdung zu schützen[1]. Materiell ist das Ausschlussrecht damit zu rechtfertigen, dass nicht die Gemeinschaft wegen des Verhaltens eines einzelnen in Frage gestellt werden soll. Die einzelnen Stockwerkeigentümer sind auf das ordnungsmässige Verhalten der anderen und das reibungslose Funktionieren der gemeinschaftlichen Angelegenheiten angewiesen. Der empfindliche Eingriff in die Rechte des betroffenen Stockwerkeigentümers – es handelt sich faktisch um eine private Enteignung – ist nur durch das Interesse der Gesamtheit der übrigen zu rechtfertigen[2].

2. Das mangelnde Ausschlussrecht hat in den früheren schweizerischen und deutschen Stockwerkeigentumsverhältnissen wesentlich dazu beigetragen, dass ein zu Stockwerkeigentum aufgeteiltes Gebäude zu einer mater rixarum wurde. Das Fehlen dieses Anspruches ist denn auch allgemein als einer der hervorstechendsten Mängel der alten Miteigentumsordnung, insbesondere im Hinblick auf ihre Ver-

1 Staudinger/Ring, § 18, N 1.
2 Friedrich, § 51, N 1.

wendung als Grundlage für das Stockwerkeigentum, anerkannt worden[3]. Die gesetzliche Verankerung des Ausschlussrechts war deshalb im Grundsatz kaum umstritten[4].

Beim Ausschlussrecht handelt es sich auch nicht um eine Neuerung, die im übrigen Recht ihresgleichen sucht. Vielmehr entspricht sie der Konkretisierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes bei Dauerschuldverhältnissen, vor allem solchen, die ein persönliches Zusammenarbeiten und dabei gutes Einvernehmen erfordern[5]: Sie ist vergleichbar mit der Auflösung aus wichtigem Grund in zweiseitigen Verträgen (Miete: OR 269 und BGB 554a; Arbeitsvertrag: OR 337 und BGB 626) und ist auch in Gesellschaften, in denen es auf die Person ankommt, zu finden (in der Schweiz ausdrücklich bei der Kollektivgesellschaft [OR 577], vertraglich – nicht von Gesetzes wegen – ebenfalls begründbar bei der einfachen Gesellschaft[6], in Deutschland bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts [BGB 737, 723 I]). Der Unterschied des Stockwerkeigentumsrechts zum Gesellschaftsrecht besteht jedoch darin, dass der Vorgang des Ausscheidens dort über die Anwachsung stattfindet (OR 576 II; BGB 738 I 1), was von der gesamthänderischen Bindung des gemeinschaftlichen Vermögens (Zuordnung bestimmter Gegenstände zum Gesellschaftsvermögen und personenrechtliche Bindung der Gesellschafter) herrührt[7]; demgegenüber ist für das Stockwerkeigentum ein spezielles Verfahren für anwendbar erklärt worden (der Anteil des ausgeschlossenen Stockwerkeigentümers wird auf den Erwerber übertragen).

Bei der Konzipierung der schweizerischen Vorschrift haben zweifellos das deutsche und österreichische WEG[8] als Vorbild gedient[9]. Demgegenüber kennen das französische und das italienische Recht die Ausschlussmöglichkeit nicht[10]. Der schweizerische Gesetzgeber ist aber im Gegensatz zum deutschen und österreichischen insofern weiter gegangen, als er das Ausschlussrecht nicht nur für die Stockwerkeigentümergemeinschaft, sondern generell für die Miteigentümergemeinschaft vorgesehen hat.

3. Beim Ausschluss handelt es sich um einen sehr schwerwiegenden Eingriff; ausnahmsweise kann der einzelne privatrechtlich seiner bisherigen dinglichen Rechtsstellung beraubt werden[11]. Dies ist aber nur möglich, wenn er den pflichtgebundenen Charakter seines Eigentums nicht beachtet; die Sozialbindung des Stockwerkeigentums besteht nämlich vor allem in der gesteigerten Rücksichtnahme auf die anderen Mitgemeinschafter und damit der Unterordnung der gegenseitigen Beziehungen unter die Verbandsorganisation (gemeinschaftskonformes Verhal-

3 Liver, Marxer, 181 f; Schneider, 47 f, 152.
4 Vgl. etwa die Entstehungsgeschichte der schweizerischen Regelung: BBl 1962 II 1483 f, 1510; StenBull NR 1963, 218; StenBull StR 1963, 214 f.
5 Bärmann/Pick, § 18, N 4; vgl. auch den Überblick bei Studer, 93.
6 Vgl. Bundesgericht, 27.3.1968, BGE 94 II 119 ff.
7 Hauger, 145.
8 § 22 des WEG von 1975 (1.7.1975); beim WEG vom 8.7.1948 handelte es sich um § 10.
9 BBl 1962 II 1510.
10 K. Müller, 36 (Anm. 27) ist der Ansicht, dies beruhe darauf, dass diese Rechtsordnungen von einem Sondereigentum der Stockwerkeigentümer ausgehen und ein gemeinschaftliches Eigentum nur an den gemeinschaftlichen Gebäudeteilen annehmen.
11 Friedrich (§ 51, N 1) spricht zu Recht von einer Art privatrechtlicher Enteignung, weil zwar der einzelne seiner Eigentumsrechte verlustig geht, aber dennoch den wirtschaftlichen Wert seines Anteils beanspruchen kann.

ten)[12]. Sowohl in der Lehre wie auch in der Rechtsprechung wird deshalb allgemein anerkannt, dass der Ausschluss die "Ultima ratio" darstelle[13], das letzte Mittel also, das erst nach Ausschöpfung anderer möglicher und zumutbarer Massnahmen (z.B. Mahnung, Zurechtweisung, Geldbusse, sofern die Ausfällung einer solchen vertraglich vereinbart worden ist, Herbeiführung einer Entscheidung über die allfällig zweifelhafte Rechtslage) angewendet werden darf. Bei Vorliegen eines klar gemeinschaftswidrigen Verhaltens, insbesondere wenn es sich nicht um eine punktuelle "Entgleisung" handelt, soll jedoch zu dieser Möglichkeit gegriffen werden, denn das Gesetz will die Mehrheit der Stockwerkeigentümer vor den Rechtsanmassungen eines einzelnen schützen. Es liegt in der Absicht des Gesetzgebers, zu vermeiden, dass derjenige Stockwerkeigentümer, dem die Gemeinschaft wegen der anderen unerträglich wird, sich praktisch gezwungen sieht, seinen Anteil zu verkaufen, obwohl er vielleicht jener Teil ist, dem an der Benutzung der gemeinschaftlichen Sache (und damit der Aufrechterhaltung der Gemeinschaft ohne "Störenfriede") am meisten liegt[14]. Das Gesetz will also denjenigen Stockwerkeigentümer "schützen, der sich an die aus dem Gemeinschaftsverhältnis sich ergebenden rechtlichen und moralischen Regeln hält, und muss den ausschliessen, welcher sich dauernd über sie hinwegsetzt"[15].

Die Charakterisierung des Ausschlusses als letztes Mittel bedeutet somit nur, dass weniger schwerwiegende Massnahmen zu treffen sind, solange dies den anderen Stockwerkeigentümern zumutbar ist. Hingegen braucht für den Ausschluss nicht etwa ein strafrechtlich relevantes Verhalten vorzuliegen. Der Sinn von ZGB 649b/WEG 18 besteht nämlich nach den gesetzgeberischen Intentionen auch darin, eine prophylaktische Wirkung hinsichtlich der Aufrechterhaltung der Ordnung in der Gemeinschaft zu entfalten[16]; dieses Anliegen setzt aber voraus, dass der Anspruch auf Ausschluss im konkreten Einzelfall tatsächlich durchsetzbar ist.

B Die Bedeutung des Ausschlussrechts

1. Von seiner Konzipierung her kann der Anspruch auf Ausschluss eines in der Gemeinschaft untragbar gewordenen Stockwerkeigentümers nicht zu einem alltäg-

12 Bundesgericht, 14.3.1968, BGE 94 II 21.

13 BBl 1962 II 1510; StenBull NR 1963, 218 (Voten der beiden Berichterstatter Furgler und Galli) sowie StenBull StR 1963, 208 (Votum des Berichterstatters Bolla); Liver, Marxer, 182 (sinngemäss); K. Müller, 36; Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 6; Schneider, 155 f; Friedrich, § 51, N 1; Bundesgericht, 14.3.1968, BGE 94 II 23; Bärmann/Pick, § 18, N 18; Weitnauer/Wirths, § 18, N 1; Diester, Rechtsprechung, 128; Bopp, 124; AG München, 14.12.1960, MDR 1961, 604.

14 Vgl. dazu Bundesgericht, 14.3.1968, BGE 94 II 23 ff.

15 Liver, Marxer, 181; weiter Liver: "Der einzelne Miteigentümer darf dann für den Fall, dass ihm die Fortsetzung der Gemeinschaft mit einem gehässigen, unverträglichen, brutalen, obstruktionsgierigen oder übel beleumdeten Mitbeteiligten unerträglich wird, nicht vor die Alternative gestellt werden, entweder seinen Anteil zu verkaufen und das Feld zu räumen oder die Aufhebung des Miteigentums zu verlangen, welche ... leicht zum Vorteil des Gegners ausschlagen kann."

16 Friedrich, § 51, N 2.

lich anwendbaren Rechtsbehelf werden, weil er sonst den Charakter als Ultima ratio verlieren würde. In der Praxis ist es aber nicht nur selten, sondern kaum je zu Ausschlussverfahren gekommen; es stellt sich deshalb die Frage, ob das gesetzgeberisch beabsichtigte Damoklesschwert, das über den Stockwerkeigentümern hängen soll, nicht bereits der Spitze beraubt und kaum geschliffen worden ist.

Aus der schweizerischen Rechtsprechung ist seit dem Inkrafttreten der neuen Miteigentumsordnung nur ein Fall bekannt, in dem das Bundesgericht das Ausweisungsbegehren gegenüber einem Miteigentümer innerhalb eines bäuerlichen Betriebes geschützt hat[17]. Im Bereiche des Stockwerkeigentums fehlt es meines Wissens überhaupt an einem veröffentlichten Entscheid. Auch in den interessierten Verbänden weiss man von Ausschlussverfahren kaum etwas[18].

In Deutschland hat in der bereits über 25jährigen Praxis die Möglichkeit des Ausschlusses eines Wohnungseigentümers ebenfalls eine nur sehr beschränkte Bedeutung erlangt[19]. Lediglich zwei Urteile haben sich mit einer Entziehungsklage materiell befasst, wobei der Anspruch einmal bejaht[20] und einmal – teilweise – verneint worden ist[21]. Drei Beschlüsse sprachen sich zu Fragen der Zulässigkeit und Eintragungsfähigkeit vertraglich abweichender Vereinbarungen oder der Aussetzung von Entziehungsprozessen aus:

- Frage der Erschwerung der Beschlussfassung bei der Abstimmung über einen Ausschliessungsantrag[22];
- Prüfung der Zulässigkeit einer Verwirkungsvorschrift als Einschränkung des Entziehungsanspruches[23];
- Ausschluss der analogen Anwendung der Vorschriften des Mieterschutzgesetzes[24].

4 Entscheidungen haben schliesslich WEG 18 am Rande berührt:

- Frage der gerichtlichen Zuständigkeit bei der Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen[25];
- gesamtschuldnerische Haftung der Ehegatten für Beiträge gemäss WEG 18 II 2[26];
- Abgrenzung des gesetzlichen Rücktrittsrechts vom Veräusserungsanspruch nach WEG 18 f vor der grundbuchlichen Eintragung des Wohnungseigentumserwerbers[27];
- Stimmrecht der Wohnungseigentümer bei Ausschlussbegehren (Untergemeinschaften)[28].

17 Bundesgericht, 14.3.1968, BGE 94 II 17 ff sowie die Besprechung des Entscheids von Liver, ZbJV 1970, 54 f.
18 In diesem Sinne die Auskunft von Walter Bosshard vom Schweizerischen Hauseigentümerverband.
19 Diester, Rechtsfragen, N 242 ff; Röll, Teilungserklärung, 34.
20 AG München, 14.12.1960, MDR 1961, 604 (nur Leitsatz) und Anm. von Diester (Rechtsprechung, 128).
21 LG Nürnberg-Fürth, 20.9.1963, zitiert bei Diester (Rechtsprechung, Nr. 52 sowie seine Anm. dazu S. 130 f).
22 OLG Celle, 7.4.1955, DNotZ 1955, 320 ff mit zust. Anm. von Weitnauer.
23 LG Kassel, 20.6.1963, zitiert bei Diester, Rechtsprechung, Nr. 51a (sowie seine Anm. dazu in Rechtsprechung, S. 129 f und Rechtspfleger 1965, 202 ff).
24 LG Nürnberg-Fürth, 21.12.1962, NJW 1963, 720.
25 KG, 24.8.1967, NJW 1967, 2268 f.
26 OLG Stuttgart, 7.2.1969, NJW 1969, 1176 f.
27 BGH, 30.6.1972, NJW 1972, 1667 f.
28 BayObLG, 4.1.1972, zitiert bei Ullrich, 157.

Nach Diester[29] haben auch in Deutschland Umfragen ergeben, dass von der Möglichkeit des Ausschlusses kaum je Gebrauch gemacht wird.

2. Liegt nun die seltene Geltendmachung des Ausschlussrechts am allgemein guten Funktionieren der Stockwerkeigentümergemeinschaften oder handelt es sich bei ZGB 649b/WEG 18 doch nicht um das angemessenste Mittel? Gehen wegen der nicht unerheblichen Voraussetzungen die Präventivwirkungen verloren? Mit Recht betont Schneider[30], dass dann, wenn die andern zur Verfügung stehenden Mittel versagen, die Sanktion des Ausschlusses von den Betroffenen und dem Richter ohne langes Zögern angewendet werden soll, weil sonst die prophylaktische Bedeutung von ZGB 649b/WEG 18 unterhöhlt werde. Anderseits ist nicht zu übersehen, dass es im Einzelfall praktisch schwierig ist, einen Querulanten beim Richter so darzustellen, dass sein Verbleiben in der Gemeinschaft als unzumutbar erscheint[31]; der Richter wird auch im Normalfall Zurückhaltung üben, bis er über einen einzelnen die private Enteignung ausspricht, zumal wenn beim Entscheid wesentlich generalpräventive Gründe mitspielen sollten[32]. Diese unbefriedigende Situation liegt also nicht zuletzt darin begründet, dass es sich beim Ausschluss um ein Radikalmittel (alles oder nichts) handelt.

Im übrigen bestehen vom Gesetz her kaum Möglichkeiten zur Vermeidung und Ausräumung von Streitigkeiten unter den Stockwerkeigentümern. Ebenso fehlt es dem Verwalter an einer durchsetzbaren Massnahme, die als wirksame und heilsame Präventivdrohung wirkt. Es drängt sich deshalb die vertragliche Ausgestaltung einer Sanktionsordnung auf[33]; insbesondere können Geldbussen vorgesehen werden[34], deren Höhe sich nach dem Schweregrad der Gemeinschaftswidrigkeit festlegen lässt.

Die analoge Anwendung des Schlichtungsverfahrens, wie es im schweizerischen und deutschen Mietrecht bekannt ist[35], erscheint nicht möglich[36]. Immerhin ist es denkbar, dass vertraglich eine solche Schlichtungsstelle eingesetzt wird, die den Stockwerkeigentümern einerseits als Beratungsinstanz zur Verfügung steht und anderseits aber auch ein allfälliges Ausschlussverfahren vorbereiten kann. Die Bedeutung einer solchen Schlichtungsstelle würde vorerst schon einmal darin liegen, dass das sich gemeinschaftswidrig verhaltende Mitglied vor einem "offiziellen

29 Diester, Rechtsfragen, N 245.

30 Schneider, 156.

31 Diese Befürchtung haben bereits die Nationalräte Bratschi und Schmid in der vorberatenden Kommission des Nationalrates geäussert (zitiert in BGE 94 II 23 f).

32 Es gelten hier entsprechende Bedenken, wie sie gegen die Generalprävention im Strafrecht vorgebracht werden: Es fehlt eine die Abschreckung beschränkende Grenzziehung, die Wirkung der Generalprävention lässt sich nicht nachweisen und insbesondere ist kaum zu rechtfertigen, dass der einzelne nicht seinetwegen, sondern um anderer willen bestraft wird (vgl. Claus Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin/New York 1973, 8 ff). Dass man dem einen etwas Übles antut, damit der andere etwas Übles unterlasse, hat schon Kant (Metaphysik der Sitten, § 49, E, I) als Verstoss gegen die Menschenwürde bezeichnet.

33 Vorne § 29.

34 Vorne § 30.

35 Vgl. dazu Rolf Hunziker, Das Verfahren in Mietsachen gemäss Art. 267a–f des Obligationenrechts und gemäss Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30.6.1972, Diss. Zürich 1977, 104 ff.

36 LG Nürnberg-Fürth, 21.12.1962, NJW 1963, 720.

Gremium" sich verantworten muss, was meist mit einem recht grossen Präventiveffekt verbunden ist. Die genauere Zusammensetzung der Schlichtungsstelle bleibt dabei den Beteiligten überlassen. Es ist aber darauf zu achten, dass es sich um eine Person bzw. um Personen handelt, die zu einer Beratung fähig sind. Gerade im Mietwesen hat die Praxis gezeigt, dass sich bei einer entsprechenden Gesprächsführung durchaus eine Einigung erzielen lässt; überdies besteht die Möglichkeit, dem Störenden schon zu einem Zeitpunkt "ins Gewissen zu reden", in dem es noch nicht zu spät ist. Neben Hinweisen zum formellen Verfahren und der Erteilung von Auskünften wäre es weiter Aufgabe der Schlichtungsstelle, das belastende Material zu sichten und – gegenüber den Parteien provisorisch – zu werten; wenn über die Begutachtung des Tatbestandes ein Protokoll geführt wird, erleichtert dies auch die Arbeit des Richters im allfälligen ordentlichen Zivilprozess. Schliesslich ist es möglich, die Schlichtungsstelle nach dem Einigungsversuch als Schiedsgericht einzusetzen; dies hätte den Vorteil, dass sie bereits über einen recht guten Einblick in die Sachlage verfügt.

II Die materiellen Voraussetzungen des Ausschlusses

A Die gesetzliche Regelung

ZGB 649b I und WEG 18 I gehen übereinstimmend davon aus, dass sich der auszuschliessende Stockwerkeigentümer eine schwere Pflichtverletzung gegenüber der Gemeinschaft zuschulden kommen lassen muss, die anderen Mitgliedern nicht zumutbar ist. Dem fehlbaren Stockwerkeigentümer haben die Antragsberechtigten somit eine schwere Pflichtwidrigkeit sowie die fehlende Zumutbarkeit seines Verhaltens für die Gemeinschaft vorzuwerfen; ein voraussetzungsloser Ausschluss ist also nicht möglich.

1. Bei der Pflichtverletzung kann es sich um Verletzungen finanzieller oder anderer Art handeln; im Gegensatz zum deutschen Recht betont jedoch das schweizerische Recht finanzielle Nachlässigkeiten weniger[37]. Vorwiegend wird es deshalb um eine personelle Unverträglichkeit gehen: Vorgegangen werden kann gegen streitsüchtige, gewalttätige, arglistige, den friedlichen nachbarlichen Verkehr verhindernde Stockwerkeigentümer[38], somit gegen solche, die nicht jede Handlung unterlassen, die das Ansehen der Gemeinschaft nach aussen herabsetzt oder die im Innenverhältnis den Gemeinschaftsfrieden und das Vertrauensverhältnis stört[39]. Verletzungstatbestand ist dabei die fehlende Respektierung der Persönlichkeit anderer[40].

Die Pflichtverletzungen brauchen nicht alle Stockwerkeigentümer zu treffen; der schweizerische Gesetzestext spricht ausdrücklich von allen oder einzelnen Miteigentümern und der deutsche von anderen Wohnungseigentümern (nicht den anderen Wohnungseigentümern)[41].

37 Dazu eingehender nachfolgend Ziff. 5 b.
38 Bundesgericht, 14.3.1968, BGE 94 II 22.
39 Bärmann/Pick, § 18, N 20.
40 K. Müller, 36; Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 8; Bundesgericht, 14.3.1968, BGE 94 II 21.
41 Vgl. auch Soergel/Baur, § 18, N 1 und Staudinger/Ring, § 18, N 3.

Dass eine schwere Verletzung der Gemeinschaftspflichten vorzuliegen hat, ist deshalb nötig, weil sonst die Innehabung der dinglichen Rechtsstellung zu stark gefährdet wäre. Was genau als schwer zu bezeichnen ist, entscheidet sich auf Grund der konkreten Umstände; allgemeine Richtlinien lassen sich kaum geben, weil je nach der personellen Verbundenheit der Stockwerkeigentümer verschiedene Massstäbe gelten. Als schwer ist aber jedenfalls ein strafrechtlich relevantes Verhalten gegenüber einem Gemeinschaftsmitglied oder eine ständige, unbegründete Streitsucht zu werten. Das Kriterium des Schweregrades darf aber auch nicht überbewertet werden: So ist nicht erforderlich, dass der Pflichtverletzende geradezu den wirtschaftlichen Ruin eines anderen Stockwerkeigentümers will[42]. Im allgemeinen steht die Schwere der Pflichtverletzung in direktem Zusammenhang mit der Zumutbarkeit für die übrigen: Was diese sich nicht gefallen zu lassen brauchen, dürfte im Normalfall schwer sein.

Ebenso kann nicht allgemein gesagt werden, ein Verstoss gegen die gemeinschaftlichen Verhaltensnormen müsse wiederholt vorliegen; schon eine einzige schwere Pflichtverletzung vermag zu genügen[43]. Es wird sich allgemein nur so verhalten, dass bei leichteren Verstössen die Unzumutbarkeit erst mit der quantitativen Häufung auftritt, während bei einem einmaligen Verstoss der Schweregrad erheblich sein muss. Der quantitative Gesichtspunkt ist somit ebenfalls im richterlichen Ermessensentscheid zu berücksichtigen[44]. Dasselbe gilt für die Anzahl der verletzten Personen: Ein Stockwerkeigentümer kann nicht tragbar sein für die Gemeinschaft, auch wenn er sich nur gegenüber einem anderen Stockwerkeigentümer laufend gemeinschaftswidrig verhält, doch muss es sich dabei um ein schweres Fehlverhalten handeln.

Nach allgemeinen Grundsätzen hat die Pflichtverletzung bis zum Urteilszeitpunkt anzudauern[45]; ist die Störung vor der Klageerhebung beseitigt, erübrigt sich – theoretisch – ein Ausschluss. Besonders zu würdigen ist aber dabei, ob sich der gemeinschaftswidrig sich verhaltende Stockwerkeigentümer nur im Hinblick auf das Gerichtsverfahren eines Besseren besinnt oder ob er sich generell den Gepflogenheiten der Gemeinschaft anpasst. Dies gilt insbesondere dann, wenn die "Störung" darin besteht, dass der betreffende Stockwerkeigentümer seine Wohnung untragbaren Mietern überlässt. Wenn es nämlich möglich wäre, nur durch einen vorübergehenden Mieterwechsel der Gefahr des Ausschlusses zu entgehen, würde das Ausschlussverfahren jegliche Präventivwirkung verlieren.

2. Ausschlaggebend ist deshalb im Einzelfall meist die Zumutbarkeit des pflichtwidrigen Verhaltens für die übrigen Stockwerkeigentümer. Nach der besonderen Lage und den gesamten Umständen dürfen ein erspriessliches Zusammenleben nicht mehr möglich und die Fortsetzung des Gemeinschaftsverhältnisses vernünftigerweise nicht mehr zumutbar sein; zwar sind unterschiedliche Charaktereigenschaften zu ertragen, doch kann ein Zerwürfnis zwischen einzelnen Gemeinschaftern ge-

42 Bundesgericht, 14.3.1968, BGE 94 II 24.

43 Dies ergibt sich m.E. aus dem Wesen des Ausschlussrechts als Schutzbestimmung für die beeinträchtigte Mehrheit; wenn aber ein einmaliger Verstoss genügen soll, muss es sich um einen entsprechend schweren und in keiner Weise zumutbaren handeln. Das Bundesgericht (BGE 94 II 23 f) hat diese Frage bewusst offengelassen.

44 Studer, 96.

45 LG Wuppertal, 15.2.1975, Der Wohnungseigentümer 1976, 125.

nügen für den Ausschluss des Streitsüchtigen, wenn ohne diese Massnahme der gesamte Hausfrieden gestört wäre[46]. Unter Umständen rechtfertigt das Zusammentreffen mehrerer Gründe (z.B. Verletzung der Instandhaltungspflichten und persönliche Eigenschaften) ein Ausschlussbegehren. Die Zumutbarkeit ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff, der vom Richter nach pflichtgemässem Ermessen auszufüllen ist. Auf Grund der Zumutbarkeit bestimmt sich auch, ob zuerst Mahnungen und Warnungen seitens der Stockwerkeigentümer zu erwarten sind[47]. Solche Hinweise sind insbesondere bei einer allmählichen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zu erwarten, die als wichtiger Grund bei anderen Gemeinschaftsverhältnissen zur Auflösung der gegenseitigen Beziehungen berechtigen würde.

Weil jeweilen die besondere Lage und die gesamten Umstände eines Falles für das erspriessliche Zusammenleben und damit die Zumutbarkeit abweichenden Verhaltens entscheidend sind (z.B. Zweckbestimmung und Charakter des betroffenen Grundstücks), verlangt das Gesetz vom Richter einen Entscheid nach Recht und Billigkeit[48]. Mangels einer gefestigten Rechtsprechung und angesichts der generalklauselartigen Gesetzesfassung (in der Schweiz fehlt überhaupt eine Konkretisierung, in Deutschland verweist WEG 18 II 1 immerhin auf WEG 14[49]), ist der Richter vornehmlich auf Kriterien, die für andere Dauerschuldverhältnisse herausgearbeitet wurden (Ausschluss, vorzeitige Auflösung), angewiesen. Allfällig abweichende konkrete Umstände dürfen aber nicht übersehen werden; insbesondere ist auch die Intensität des persönlichen Verhältnisses unter den Berechtigten zu berücksichtigen. Zudem ist bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen eine Lösung vorzuziehen, die den schuldlosen Beeinträchtigten schont[50].

3. Ein Verschulden auf seiten desjenigen, der ausgeschlossen werden soll, ist nicht vorausgesetzt, auch wenn es praktisch meist gegeben ist. In der Schweiz entspricht diese objektive Betrachtungsweise der herrschenden Lehre[51]: Der Zweck des Ausschluss-Rechtsbehelfs verlangt, dass gemeinschaftsuntaugliche Elemente ausscheiden, damit die Gemeinschaft als solche aufrechterhalten werden kann; dabei kommt es den Beeinträchtigten nicht auf die subjektiven Beweggründe des Störers an[52]. Demgegenüber ist in Deutschland die Rechtslage weniger geklärt, weil WEG 18 I von "schuldig gemacht" spricht; der Gesetzestext scheint also darauf hinzudeuten, dass ein Verschulden beim Auszuschliessenden vorliegen muss. Gegen eine solche Auslegung kann jedoch vorgebracht werden, dass in entsprechenden Bestimmungen (z.B. BGB 737) der Nachweis eines Verschuldens nicht erforderlich ist; gegen das Verschulden spricht auch WEG 18 II 2. Auf die Schuldfrage ist deshalb m.E. ebenfalls in Deutschland kein Gewicht zu legen[53]: Entscheidend muss sein,

46 Vgl. Bärmann/Pick, KK, 88.
47 Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 6; AG München, 14.12.1960, MDR 1961, 604.
48 Schneider, 157; Meier-Hayoz, Einleitung, Art. 4, N 73.
49 Sehr ausführlich ist demgegenüber der Ausschluss im österreichischen WEG (§ 22) geregelt.
50 Bundesgericht, 14.3.1968, BGE 94 II 25.
51 Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 11; Studer, 95; Schneider, 160; vgl. auch Siegwart, Art. 547, N 28.
52 Studer, 95.
53 In diesem Sinne Bärmann/Pick, § 18, N 5, 12, 16, 23 und dort zitierte Rechtsprechung (auch zu anderen Gemeinschaftsverhältnissen) sowie Soergel/Baur, § 18, N 1; unklar Weitnauer/Wirths, § 18, N 4a; a.A. Diester, § 18, N 5a und Staudinger/Ring, § 18, N 3c (wenn auch relativierend in N 4).

dass der Gemeinschaft die Fortsetzung des Vertrauensverhältnisses mit dem in Frage stehenden Mitglied infolge seines Verhaltens und seiner Persönlichkeit nicht mehr zumutbar ist bzw. dass seine weitere Mitgliedschaft den Fortbestand der Gemeinschaft unmöglich macht oder zumindest ernstlich gefährdet[54].

4. Die beeinträchtigten Stockwerkeigentümer dürfen mit der Geltendmachung ihres Ausschluss-Anspruches nicht jahrelang zuwarten. Längere Nichtausübung lässt zwar den Anspruch nicht unmittelbar verwirken, doch können besondere Umstände (z.B. vollständige Integrierung des ehemals pflichtwidrig sich Verhaltenden in die Gemeinschaft) die späte Geltendmachung als gegen Treu und Glauben verstossend erscheinen lassen[55] (venire contra factum proprium[56]), was zu einer eingeschränkten Bewertung der Zumutbarkeit führt.

5. Im Gegensatz zum schweizerischen Recht sieht das deutsche in WEG 18 II noch Sondertatbestände vor, die einen Ausschluss rechtfertigen. Die Bedeutung der angeführten Fälle liegt weniger darin, dass sie Auslegungshilfen im Hinblick auf die Generalklausel abgeben, als dass sich bei Erfüllung einer konkretisierten Vorschrift die weitere Prüfung der Zumutbarkeit erübrigt[57]. Die Gesetzesformulierung "insbesondere" lässt zwar darauf schliessen, dass die Aufzählung in WEG 18 II nicht abschliessend gemeint ist[58]; eine solche Folgerung ist aber m.E. auf Grund der Struktur und gegenseitigen Beziehung von WEG 18 I und II sehr problematisch: Könnte jede Wohnungseigentümergemeinschaft vertraglich weitere Gründe, die sie für einen Ausschluss als ausreichend betrachtet, statuieren, liesse sich die Generalklausel vollständig unterhöhlen, weil der Richter das ausschlaggebende Kriterium der Unzumutbarkeit gar nicht mehr überprüfen dürfte. Das "insbesondere" ist deshalb so zu verstehen, dass es sich bei den erwähnten Gründen nur um einzelne von vielen handelt, dass aber lediglich bei diesen die Unzumutbarkeit unterstellt wird. Werden somit weitere Ausschlussgründe vereinbart, ist bei diesen wie in WEG 18 I die Unzumutbarkeit zu prüfen.

a) Ausgeschlossen werden kann derjenige Wohnungseigentümer, der die ihm nach WEG 14 obliegenden Pflichten verletzt; in Frage kommen alle Pflichten von WEG 14, insbesondere die Instandhaltungspflicht des Sondereigentums, der Grundsatz der rücksichtnehmenden Ausübung der eigenen Rechte sowie die Duldung der notwendigen Einwirkungen auf das Sondereigentum. Zwei weitere Voraussetzungen müssen dabei jedoch erfüllt sein: Einerseits hat eine Abmahnung des pflichtwidrigen Verhaltens vorauszugehen, die gewöhnlich der Verwalter ausspricht, aber auch von einem Wohnungseigentümer (oder mehreren) vorgenommen werden kann[59]; anderseits hat das gemeinschaftswidrige Verhalten nach der Abmahnung wiederholt (mindestens zweimal) und in gröblicher Weise vorzukommen[60]. Ist die grobe Pflichtverletzung nicht mehrfach aufgetreten oder ist die Abmahnung unterlassen worden (bzw. prozessual nicht beweisbar), ist immer noch der Ausschluss auf

54 Bärmann/Pick, § 18, N 12.
55 Vgl. dazu Studer, 97; Bärmann/Pick, § 18, N 8 f.
56 Dazu Merz, Einleitung, Art. 2, N 333 ff.
57 Bärmann/Pick, § 18, N 31; Weitnauer/Wirths, § 18, N 5 f.
58 So auch ohne die nötige Differenzierung – in einer Nebenbemerkung – Bärmann/Pick, § 18, N 50.
59 Bärmann/Pick, § 18, N 31; Weitnauer/Wirths, § 18, N 6.
60 Bärmann/Pick, § 18, N 31; Weitnauer/Wirths, § 18, N 6; Staudinger/Ring, § 18, N 6.

Grund der Generalklausel (WEG 18 I) möglich, nur muss dann die Unzumutbarkeit des normabweichenden Verhaltens nachgewiesen werden.

b) Der Ausschluss ist weiter möglich, wenn sich der Wohnungseigentümer mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen zur Lasten- und Kostentragung "in Höhe eines Betrages, der drei vom Hundert des Einheitswertes seines Wohnungseigentums übersteigt, länger als drei Monate im Verzug befindet" (WEG 18 I 2). Beim Zahlungsverzug handelt es sich also um ein objektives Kriterium, das mathematisch festlegbar ist und bei dem von vorneherein weder das allfällige Verschulden noch die Zumutbarkeit der ausstehenden Beträge für die Gemeinschaft eine Rolle spielen; das WEG geht damit davon aus, dass die ordnungsmässige Erfüllung der Beitragspflicht eine unabdingbare Voraussetzung für ein gutes Funktionieren der Gemeinschaft ist. Der verlangte Mindestbetrag ersetzt auch die Anforderung der gröblichen und wiederholten Pflichtverletzung; dieser sich nur auf wirkliche Kosten und Lasten im Sinne von WEG 16 II beziehende Betrag entspricht etwa einer Vierteljahresmiete unter vergleichbaren Umständen[61]. M.E. muss so betrachtet die Minimalanforderung als eher gering bezeichnet werden; die damit verbundene Gefahr des Ausschlusses wird immerhin dadurch verringert, dass sich der betreffende Wohnungseigentümer bis zur Einleitung des Verfahrens drei Monate in Verzug befunden haben muss und dass er insbesondere die Entziehung bis zum Erlass des Gerichtsurteils durch Bezahlung der ausstehenden Beträge noch abwenden kann (WEG 19 II).

Nach schweizerischem Recht ist die Nichtbezahlung der Beiträge – mangels einer ausdrücklichen anderslautenden Anordnung – kein Ausschlussgrund; der Gemeinschaft stehen zur Sicherung ihrer Ansprüche besondere Rechtsbehelfe zur Verfügung (Beitragspfandrecht nach ZGB 712i, Retentionsrecht nach ZGB 712k). Im Vorentwurf von 1957 war zwar auch die Verletzung finanzieller Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft als Ausschlussgrund genannt; die Expertenkommission war jedoch der Meinung, dass der Verzug in der Erfüllung von geldwerten Verpflichtungen für sich allein keinen Ausschliessungsgrund bilden sollte[62]. Immerhin wird man auch in der Schweiz ein Mindestmass an Zahlungsmoral und -fähigkeit voraussetzen dürfen; ein böswilliger Zahlungsverweigerer, der immer wieder betrieben werden muss, kann nämlich als für die Gemeinschaft unzumutbar auf Grund der Generalklausel ausgeschlossen werden.

6. Die Generalklausel der schweren Pflichtverletzung und der Unzumutbarkeit (sinngemäss der "wichtige Grund") gibt wenig Anhaltspunkte über die tatsächlichen Ausschlussmöglichkeiten. Eine Konkretisierung der entsprechenden Tatbestände in der Gemeinschaftsordnung oder im Reglement erweist sich deshalb (zuhanden der Stockwerkeigentümer) oft als sinnvoll[63]. Sie führt den einzelnen Gemeinschaftsmitgliedern die Verhaltenspflichten gegenüber der Gemeinschaft vor Augen und erleichtert allenfalls die Auseinandersetzung im Prozess[64]; anderseits dürfen die Nachteile, die mit jeder Spezifikation einer Generalklausel verbunden sind, nicht übersehen werden (z.B. zwischen die aufgezählten Gründe fallende Tatbestände). Überdies ist zu beachten, dass ein Ausschluss immer vom richterlichen Ermessensentscheid abhängt und die Erfüllung eines vertraglich vorgesehenen

61 Bärmann/Pick, § 18, N 34; Weitnauer/Wirths, § 18, N 7.
62 Eingehend dazu Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 9; so auch Friedrich, § 51, N 6.
63 Demgegenüber hält etwa Michaud, 56 eine Konkretisierung nicht unbedingt für nötig.
64 Friedrich, § 51, N 4.

Grundes noch nicht den praktisch sicheren Ausschluss bedeutet. Die Konkretisierung der Tatbestände hat also nur relative Bedeutung; dies gilt insbesondere im Hinblick auf WEG 18 II: Wenn an die dort aufgeführten Gründe noch weitere angeschlossen werden, so bedeutet dies nicht, dass die Unzumutbarkeit ebenfalls unterstellt ist (abschliessende Regelung hinsichtlich des erleichterten Voraussetzungsnachweises)[65].

Als mögliche Ausschlussgründe können etwa angeführt werden[66]:

- dauernde und schwere Verletzung der Verpflichtung zur ordnungsmässigen Instandhaltung der Sonderrechtsteile, so dass der bauliche Zustand des Hauses leidet oder die äussere Erscheinung beeinträchtigt wird;
- beharrliches Widersetzen gegenüber der Vornahme von Wiederherstellungs- und Erneuerungsarbeiten an gemeinschaftlichen Bauteilen und Einrichtungen, die innerhalb der Sonderrechtsräume liegen;
- vertragswidrige Nutzung bzw. ordnungswidriger Gebrauch der gemeinschaftlichen Einrichtungen und Anlagen trotz vorhergegangener Mahnungen;
- Vornahme von nachteiligen Änderungen an gemeinschaftlichen Grundstücksteilen und Weigerung, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen oder den verursachten Schaden zu ersetzen;
- Entfachung von nachbarlichen Streitigkeiten und Zerwürfnissen, die ein gedeihliches Zusammenleben nicht mehr erwarten lassen;
- Störung des friedlichen Zusammenlebens durch verletzendes, unehrenhaftes oder anstössiges Verhalten, z.B.
  - = Beleidigungen und Tätlichkeiten gegenüber anderen Gemeinschaftern oder dem Verwalter;
  - = Schmähung eines Gemeinschafters gegenüber Dritten;
  - = dauernde Ehrverletzung eines Stockwerkeigentümers oder Verlust der eigenen Ehre, wenn dadurch das Ansehen der gesamten Hausgemeinschaft (ihr sozialer Charakter) beeinträchtigt wird;
  - = Duldung fortgesetzter unsittlicher Zustände und Betätigung als Dirne[67];
- arglistiges Hintergehen der anderen Stockwerkeigentümer, z.B. unredliche Erwirkung der Zustimmung zum Abschluss eines Stockwerkeigentums-Verkaufsvertrages oder bewusste Aufnahme einer beruflichen Tätigkeit ohne die vorgeschriebene Zustimmung des Verwalters[68];
- Aufnahme ungeeigneter Personen in den Haushalt in schweren Fällen bzw. Nichtnachkommen der Aufforderung des Verwalters, Personen, denen der Stockwerkeigentümer seine Einheit zum Gebrauch überlassen hat, bei deren unzumutbaren Verhalten (trotz Mahnung) wegzuweisen[69];
- Störung der sachlichen Verwaltungsarbeit bzw. dauernde und grundlose Widersprüche gegen Massnahmen der Verwaltung und des Verwalters;

65 Vgl. vorgehend Ziff. 5 (am Anfang).

66 Vgl. Entwurf der Eidgenössischen Justizabteilung vom Januar 1959, zitiert bei Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 7 sowie bei Friedrich, § 51, N 5; diesem Entwurf folgt K. Müller in Art. 62 seines Reglementes (168); weiter Bärmann/Pick, § 18, N 20 ff sowie Bopp, 124 ff.

67 Vgl. LG Nürnberg-Fürth, 20.9.1963 (zitiert bei Diester, Rechtsprechung, Nr. 52, S. 130 f): "fortgesetzte Duldung unsittlicher Zustände"; zu weit gehen dagegen Bärmann/Pick (§ 18, N 24), wonach die Wohnungseigentümer "das Verbleiben einer Hure in einer Eigenwohnung nicht zu dulden" brauchen; auch diesbezüglich kommt es auf die konkreten Umstände an (z.B. Altstadthaus in einem Vergnügungsviertel), weshalb zur Betätigung der Prostitution hinzu allenfalls noch weitere Immissionen zu verlangen sind.

68 Immerhin dürfte ein Entzug deswegen nur möglich sein, wenn ein wichtiger Grund zur Verweigerung der Zustimmung vorliegen würde.

69 Im einzelnen dazu nachfolgend C.

- dauernde schlechte Zahlungsmoral und -fähigkeit (böswillige Zahlungsverweigerung);
- unredliche Geschäftsführung eines Stockwerkeigentümers, der als Verwalter der Gemeinschaft bestimmt ist.

Von einer allzustarken Ausweitung der Gründe, die zum Ausschlussverfahren berechtigen können, ist aber Abstand zu nehmen[70]. Eine übermässige Beschränkung der Verhaltensmöglichkeiten ist etwa zu sehen im:

- Fehlen eines Zustellungsbevollmächtigten für eine Einheit mit mehreren Stockwerkeigentümern: Diese Gemeinschaft trägt selber das Risiko der Ungültigkeit einer uneinheitlichen Stimmabgabe; die Mitteilungen sind einfach einem (beliebig bestimmten) Stockwerkeigentümer zuzustellen[71];
- einmaligen Zahlungsverzug;
- Nichtbefolgen von Verwalteranweisungen oder Kritik an dessen Tätigkeit; ebenso dürften im Normalfall mehrfache Misstrauenskundgebungen nicht ausreichen[72]. Besonders in vom Bauträger und Verwalter einseitig aufgestellten Gemeinschaftsordnungen ist nicht überall die Gefahr gebannt, dessen Stellung überzubewerten und jede Äusserung in der Öffentlichkeit, die geeignet wäre, den Verwalter herabzusetzen, als Ausschlussgrund zu qualifizieren[73]; der Bauherr muss sich nämlich bewusst sein, dass er als Verwalter nur noch Diener der Gemeinschaft ist und gerade, wenn er über ein erhebliches Machtpotential verfügt, zur Opposition provoziert[74].

B Die Abänderbarkeit der gesetzlichen Regelung

1. Die Frage des Ausschlusses eines Stockwerkeigentümers gehört nicht in den Bereich der gemeinschaftlichen Verwaltungstätigkeit, sondern stellt sich im Rahmen des Gemeinschaftsverhältnisses der Beteiligten (als Miteigentümer). Die gesetzliche Regelung lässt sich zwar deshalb im Reglement konkretisieren, doch darf eine vertragliche Abänderung, soweit sie überhaupt zulässig ist, nur in der Gemeinschaftsordnung oder durch spätere (einstimmige) Vereinbarung vorgenommen werden[75].

2. Auf die Möglichkeit, die Veräusserung der Eigentumswohnung von einem gemeinschaftswidrig sich verhaltenden Stockwerkeigentümer zu verlangen, kann nach allgemein herrschender, unbestrittener Lehre[76] nicht verzichtet werden. Dies ergibt sich im deutschen Recht ausdrücklich aus WEG 18 IV, wonach der in WEG 18 I verankerte Anspruch nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden darf; die Entziehung aus Gründen der Generalklausel ist somit unabdingbar. Eine entsprechende Bestimmung fehlt im schweizerischen Recht; aus den gesetzgeberischen Intentionen bei der Begründung des Anspruches[77] geht aber klar, was auch bisher grundsätzlich nie bezweifelt worden ist, hervor, dass die Ausschlussmöglich-

70 In diesem Sinne auch Karstädt, MDR 1965, 259.
71 Eingehend Bopp, 131 f.
72 A.A. (zu weitgehend) Bärmann/Pick, § 18, N 20.
73 Vgl. das übertriebene Beispiel, zitiert bei Bopp, 124.
74 Auch Bopp, 132 f.
75 Friedrich, § 51, N 16.
76 Friedrich, ZBGR 1964, 348 und § 51, N 17; Studer, 98; Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 3; Schneider, 154 f; Bärmann/Pick, § 18, N 50; Weitnauer/Wirths, § 18, N 9; Hauger, 149 f.
77 Vorne § 32 I A.

keit nicht der Dispositionsfreiheit der Stockwerkeigentümer offenstehen sollte; es entspricht einem allgemeinen Grundsatz, dass bei Gemeinschaftsverhältnissen die Möglichkeit bestehen muss, auch bei entgegenstehender Vereinbarung aus wichtigem Grund jederzeit mit sofortiger Wirkung die Bindung zu lösen. Formell liesse sich die Unabdingbarkeit auch damit begründen, dass der Gesetzgeber den Stockwerkeigentümern nur hinsichtlich der Nutzungs- und Verwaltungsordnung eine Gestaltungsbefugnis einräumen wollte (ZGB 712g I und 647 I), wobei sich diese Ordnung aber nicht auf ZGB 649b erstrecke (nur auf ZGB 647 bis 648)[78]; immerhin ist fraglich, ob sich der Gesetzgeber dieser dogmatischen Konstruktion bewusst gewesen ist; es erscheint deshalb als sachentsprechender, davon auszugehen, dass von der Struktur der Mit- und vor allem Stockwerkeigentümergemeinschaft her das Ausschlussrecht wenigstens in seinem Kerngehalt unabdingbar ist.

2. Die Unabdingbarkeit des Ausschlussanspruches bedeutet an sich grundsätzlich noch nicht, dass jede Erschwerung, d.h. bei den materiellen Voraussetzungen jede Einengung der Ausschlussgründe[79], von vorneherein unzulässig ist[80]. Unabdingbar ist der Anspruch nur in Fällen, in denen die Gemeinschaft unzumutbar gestört wird. So bezeichnet etwa Friedrich "eine gewisse Erschwerung des Ausschlusses im Vergleich zur gesetzlichen Ordnung als zulässig" (ohne weitere Begründung)[81]. Die Erschwerung darf aber unbestritten nicht praktisch eine generelle Aufhebung des Ausschlusses eines gemeinschaftswidrig sich verhaltenden Stockwerkeigentümers bewirken; unzulässig ist somit die Umschreibung von Gründen, die in ihrer Wirkung darauf hinauslaufen (z.B. Ausschluss nur bei Vorliegen eines Strafurteils) oder den Anspruch zeitlich zu stark einschränken (z.B. Geltendmachung des Anspruches innert sechs Monaten seit der Kenntnisnahme[82]). Ebenso darf nicht durch die Aufzählung von ausschliesslichen Gründen eine allgemeine Einschränkung der Generalklausel (und damit der Zumutbarkeit) beabsichtigt sein[83]. Die Frage nach der Abdingbarkeit von WEG 19 II (Zahlung der ausstehenden Beiträge bis zur Urteilsfällung) ist bisher in der Literatur noch kaum beachtet worden; obwohl es an einer ausdrücklichen Zwingenderklärung fehlt (vgl. WEG 10 I 2), kann m.E. nicht darauf verzichtet werden, weil es sich um eine Schutzvorschrift zugunsten des Auszuschliessenden handelt; die Gemeinschaft hat immer noch die Möglichkeit, den Entzug, gestützt auf WEG 18 I, wegen chronisch schlechter Zahlungsmoral zu beantra-

78 Hauger, 150.

79 Eine unklare Begriffsbestimmung ist bei Bärmann/Pick, § 18, N 50 zu finden: Erschwerende Vereinbarungen werden als zulässig erklärt, wobei als Beispiel die Herabsetzung des Mindestbetrages nach WEG 18 II, also eine Erleichterung des Ausschlusses, angeführt wird! Die erwähnte vertragliche Erweiterung der Gründe (§ 18, N 5) wird ebenfalls als Erleichterung zu verstehen sein.

80 Zu apodiktisch geht Schneider, 154 f davon aus, dass jede Erschwerung unzulässig ist.

81 Friedrich, § 51, N 17.

82 So das LG Kassel, 20.6.1963, zitiert bei Diester, Rechtsprechung, Nr. 51a (S. 129, Leitsatz b) und ihm folgend Bärmann/Pick, § 18, N 52 (der Anspruch ist je nach den Umständen verwirkt); a.A. Weitnauer/Wirths, § 18, N 9 sowie Diester (Rechtsprechung) in seiner Kommentierung des erwähnten Beschlusses (120 f und 130); vgl. auch Diester, Rechtspfleger 1965, 202 und 205. Demgegenüber wäre dem Leitsatz a des LG Kassel, wonach es allgemein unzulässig ist, den wichtigen Grund in der Gemeinschaftsordnung zu konkretisieren, nicht zuzustimmen.

83 Bärmann/Pick, § 18, N 50.

gen. Praktisch besteht somit nur darin eine Möglichkeit der Erschwerung des Ausschlusses, dass die Gemeinschaft im Reglement gewisse Gründe konkretisiert und damit zum Ausdruck bringt, dass ihr in anderen Punkten weniger am gemeinschaftskonformen Verhalten eines Stockwerkeigentümers liegt, womit die Schwelle der Zumutbarkeit erhöht wird[84] (der Richter bleibt in seinem Ermessensentscheid zwar frei). Absolut ist der Ausschlussanspruch nur geschützt, soweit bei einer sorgfältigen Interessenabwägung die Beendigung des Gemeinschaftsverhältnisses mit dem Störenden objektiv erstrebenswerter erscheint als die Wahrung der dinglichen Rechtsstellung des einzelnen[85].

Auch die Folgen des Ausschlusses lassen sich vertraglich regeln, indem z.B. bestimmt wird, dass die auf den Ausschluss Klagenden sich alle oder einzeln zur Übernahme des Anteils zum Verkehrswert zu verpflichten hätten[86]; sofern überhaupt eine praktische Erschwerung in einer solchen Bestimmung liegt[87] (unter Umständen können Umtriebe erspart werden[88]), muss sie doch nicht als Verstoss gegen eine Schutzbestimmung für den beeinträchtigten Stockwerkeigentümer betrachtet werden. Ebenso wird das Begehren auf Ausschluss nicht eingeschränkt, wenn die Stockwerkeigentümer vereinbaren, dass in einer gewissen Reihenfolge einzelne ein Vorkaufsrecht haben oder dass gegenüber dem Erwerber ebenfalls die Veräusserungsbeschränkungen gemäss ZGB 712c/WEG 12 gelten[89,90].

3. Eine Erleichterung des Ausschlusses schwächt jedenfalls den Schutz der Stockwerkeigentümer vor einem untragbaren Mitbeteiligten nicht; deshalb wird deren Zulässigkeit zum Teil – begründungslos[91] – bejaht. Je grösser die Erleichterung aber ist, desto gefährdeter erscheint die Rechtsstellung des Betroffenen; deshalb scheidet z.B. ein voraussetzungsloser Ausschluss von vorneherein aus[92]. Der Ausschluss ist nur bei Vorliegen überwiegender Gemeinschaftsinteressen, denen auf andere Weise nicht ausreichend Geltung verschafft werden kann, gerechtfertigt[93]. Der Schutzgedanke gegenüber dem Auszuschliessenden lässt weiter einen Verzicht auf die Klage beim Richter oder auf deren Substantiierung als unzulässig erscheinen (es gilt nicht die absolute Entscheidungsmacht wie im schweizerischen Vereinsrecht: ZGB 72). Überhaupt erscheint eine Analogie zum Vereinsrecht[94] nicht als angängig, weil es sich beim Ausschluss aus der Stockwerkeigentümergemeinschaft um einen viel schwerwiegenderen Eingriff handelt und zudem nicht

84 Weitnauer/Wirths, § 18, N 9; Diester, Rechtspfleger 1965, 205; a.A. LG Kassel (Anm. 82), Leitsatz a.
85 Bopp, 127 f.
86 Friedrich, § 51, N 23.
87 Was Schneider, 155 zu Unrecht allgemein bejaht und deshalb deren Unzulässigkeit annimmt.
88 Der betroffene Stockwerkeigentümer ist allenfalls freiwillig bereit, die Einheit zum Verkehrswert abzutreten, damit das unerfreuliche Ausschlussverfahren nicht stattfinden muss.
89 Bärmann/Pick, § 18, N 53.
90 Zwar engen Veräusserungsbeschränkungen die Verkaufsfreiheit praktisch ein, doch wird damit vermieden, dass der Ausgeschlossene seine Eigentumswohnung einem Strohmann verkauft, der sie ihm z.B. zum Gebrauche wieder überlässt.
91 Schneider, 154 sowie die bei Bopp, 129, Anm. 1 zitierten Autoren.
92 Vorne § 32 I A 3.
93 Bopp, 128.
94 Die laxe Regelung im Vereinsrecht ist überdies nicht unbestritten: So spricht Heini (553) davon, den Vereinen werde eine Freiheit zugebilligt, die bis an die Grenzen der Willkür reiche (vgl. auch Egger, Art. 72, N 4).

die körperschaftliche "Verwaltungsgemeinschaft", sondern die sachenrechtliche Miteigentümergemeinschaft betroffen ist[95].

Von einer Vermehrung der Ausschlussgründe kann nur schlecht gesprochen werden, weil der Richter ohnehin auf Grund der Generalklausel die konkreten Umstände abwägen muss. Wiederum kann aber die Gemeinschaft durch die vertragliche Aufzählung der Ausschlussgründe zu erkennen geben, in welchen Bereichen sie sich besonders schnell verletzt fühlt (eine Gemeinschaftsunverträglichkeit muss aber gegeben sein), wo somit die Grenze der Unzumutbarkeit relativ tief liegt; dies wird auch der Richter nicht unbeachtet lassen; insoweit dürften deshalb Bedenken[96] gegenüber einer sog. Erleichterung fehl am Platze sein.

In vermögensrechtlicher Hinsicht ist m.E. eine Erleichterung ebenfalls nur beschränkt zulässig; so dürfte eine Bestimmung, wonach dem Ausgeschlossenen der Gegenwert seines Anteils überhaupt vorenthalten wird, dieser also vorbehaltlos zugunsten der übrigen Stockwerkeigentümer verfällt, nicht haltbar sein[97]. Auch anderen, die vermögensrechtliche Stellung des Ausgeschlossenen verschlechternden Vereinbarungen ist mit Zurückhaltung zu begegnen (z.B. Bussen, Umtriebsentschädigungen); sie sind jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu beurteilen.

4. Die Sondertatbestände von WEG 18 II sind nicht als unabdingbar bezeichnet worden (WEG 18 IV); ein vertraglicher Verzicht auf ihre Geltendmachung oder eine Modifizierung der Voraussetzungen (z.B. Herabsetzung des Betrages oder Verkürzung der Frist beim Zahlungsverzug) erscheint deshalb als zulässig[98]. Dadurch wird der Schutz der sich korrekt verhaltenden Wohnungseigentümer nicht übermässig eingeschränkt, weil sich allfällige Verstösse gegen die zu erwartenden Verhaltenspflichten über die Generalklausel von WEG 18 I geltend machen lassen.

C Der betroffene Personenkreis

1. Der Ausschluss richtet sich gegen denjenigen Stockwerkeigentümer, der seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist und damit einen Ausschlussgrund gesetzt hat; wer keinen entsprechenden Tatbestand verwirklicht, kann nicht ausgeschlossen werden. Ein eingeleitetes Verfahren fällt somit dann dahin, wenn der auszuschliessende Stockwerkeigentümer seine Einheit verkauft, ausser wenn gegenüber dem

95 Vgl. auch Friedrich, § 51, N 17.

96 Friedrich, § 51, N 17.

97 Eine entsprechende Bestimmung ist deshalb m.E. nichtig; demgegenüber will sie Friedrich nur nach den Grundsätzen der Konventionalstrafe herabsetzen (§ 51, N 23).

98 Unklar Bärmann/Pick, § 18, N 50; das "insbesondere" von WEG 18 II bedeutet nur, dass bei den folgenden zwei Tatbeständen die Unzumutbarkeit für die anderen Wohnungseigentümer unterstellt wird; auf diesen Schutz kann jedoch ohne weiteres verzichtet werden, weil dieselben Gründe sich unter WEG 18 I (mit dem Nachweis der Unzumutbarkeit) geltend machen lassen können. Karstädt (BlGBW 1962, 312 und 1964, 99) hat die Zwingenderklärung von WEG 18 II durch Gesetzesrevision angeregt; zu Recht ist ihm Diester (BlGBW 1963, 300) diesbezüglich entgegengetreten.

Rechtsnachfolger ebenfalls ein Ausschlussgrund gegeben ist (was z.B. bei der Erbengemeinschaft als möglich erscheint).

Problematisch ist der Ausschluss dann, wenn eine Eigentumswohnung einer Mehrheit von Berechtigten gemeinsam zusteht; darf die Mehrheit ausgeschlossen werden, wenn nur ein Beteiligter einen Grund setzt? Die Frage ist dann einfach zu beantworten, wenn die Gemeinschaftsordnung eine Bestimmung enthält, wonach sich die Mitberechtigten im Aussenverhältnis verpflichten, für Verstösse einzelner gemeinsam einzustehen, oder diese freiwillig (vertraglich) erklären, Verletzungen anderer sich als eigene zurechnen zu lassen. Fehlt eine solche Bestimmung, müsste die Inpflichtnahme der ganzen Gruppe von Berechtigten mit der Überlegung begründet werden, dass sie gegenseitig die Pflicht haben, Verstösse anderer zu verhindern; gerade bei Miteigentümergemeinschaften ist diese Annahme aber etwas fragwürdig, weil jeder sein eigenes Recht hat; auch das Einstehenmüssen für finanzielle Rückstände (OR 143; BGB 421) ist nur eine schwache Rechtfertigung[99]. Dieser Fall der Mehrheitsberechtigung scheint sogar vom schweizerischen Recht übersehen worden zu sein, das den Kreis der möglicherweise auszuschliessenden Stockwerkeigentümer umfassend zu regeln beabsichtigte (ZGB 649b und c). Eine Gerichtspraxis zu dieser Frage steht vorläufig aus; um dann, wenn sich nicht eindeutig aus dem Gemeinschaftsverhältnis der mehreren Berechtigten ergibt, dass nicht finanzielle Tatsachen nicht nur in der Person des einzelnen eintreten[100], der Rechtsunsicherheit zu entgehen, empfiehlt sich die vertragliche Vereinbarung einer "Einstehenspflicht" für die anderen.

2. Im schweizerischen und deutschen Recht unterschiedlich geregelt ist die Frage, inwieweit ein Stockwerkeigentümer die Pflicht hat, für die Einhaltung eines gemeinschaftsverträglichen Verhaltens durch die Personen zu sorgen, die seine Einheit benützen. In Deutschland darf ein Wohnungseigentümer im Hinblick auf Dritte, denen er die Wohnung überlassen hat oder die seinem Hausstand angehören, nur dann ausgeschlossen werden, wenn er einer Verpflichtung aus WEG 14 2 nicht nachgekommen ist; hingegen gereicht ihm nicht ein Einstehen- oder Vertretenmüssen aus BGB 278 oder 831 zum Verlust seines Wohnungseigentums[101]. Soweit es sich also um Verstösse von Familienangehörigen und Hausangestellten handelt, muss der Wohnungseigentümer den Ausschluss gewärtigen; wenn es ihm nicht gelingt, seinen Einfluss präventiv geltend zu machen, trägt er die Folgen gegenüber der Gemeinschaft[102]. Anders sieht jedoch die Rechtslage aus gegenüber Personen, denen er die Wohnung zum selbständigen Gebrauch vertraglich überlassen hat (Miete, Pacht): Weil dem Wohnungseigentümer nur indirekt – über die Kündigung – ein Einfluss auf diese Personen zusteht, muss ihm vorgeworfen werden können, dass

99 So gehen Bärmann/Pick, § 18, N 28 davon aus, dass analog dem Gesamtschuldverhältnis alle Wohnungseigentümer die Verpflichtung haben, schädigende Handlungen eines Mitberechtigten zu verhindern oder abzustellen; die angeführte Rechtsgrundlage (BGB 421) reicht dazu m.E. aber nicht aus (vgl. auch Bopp, 135 und Soergel/Baur, § 18, N 13); begründet werden müsste diese Ansicht deshalb damit, dass sich diese "Ordnungsverpflichtung" als allgemeiner (ungeschriebener) Grundsatz aus dem Miteigentümer-Gemeinschaftsverhältnis ergebe, was jedenfalls nicht eindeutig ist.

100 Vgl. auch den Wortlaut von BGB 425 I.

101 Hauger, 148.

102 Vgl. BayObLG, 18.3.1970, MDR 1970, 586 f.

er vom (allenfalls ausserordentlichen) Kündigungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat oder dass er bei der Auswahl des Mieters dessen erkennbare Gemeinschaftsunverträglichkeit nicht berücksichtigte[103]. Vertraglich kann aber m.E. vereinbart werden, dass der Wohnungseigentümer vollständig für seinen Mieter einzustehen habe[104]; es obliegt dann diesem, den Mietvertrag unter einer resolutiven Bedingung abzuschliessen und erhöhte Weisungsrechte des Vermieters vorzusehen. Allgemein nicht zu übersehen ist aber die Tatsache, dass der Mieter oder Pächter trotz des Entzugs des Wohnungseigentums nicht entfernt werden kann, wenn kein rechtzeitig geltend zu machendes Kündigungsrecht besteht (BGB 571, 581 II).

Demgegenüber sieht ZGB 649b ausdrücklich vor, dass der Stockwerkeigentümer verantwortlich ist für diejenigen Personen, denen er die Einheit zum Gebrauch überlässt oder für die er einzustehen hat[105]. Vermietet er seine Eigentumswohnung, muss er sich somit vor einem gemeinschaftswidrigen Verhalten des Mieters sichern (resolutiv bedingt abgeschlossener Vertrag, Rücktritt aus wichtigem Grund[106], z.B. Verletzung der gemeinschaftlichen Verhaltensnormen). Unternimmt der Stockwerkeigentümer nicht die entsprechenden Schritte, wenn die Gemeinschaft ihm grobe und unzumutbare Pflichtwidrigkeiten seines Mieters anzeigt, kann er ausgeschlossen werden; mit dem Übergang des Anteils auf den Erwerber gilt auch der Mietvertrag – vorbehältlich einer stillschweigenden Fortführung – als aufgehoben, weil nach schweizerischem Recht (im Gegensatz zum deutschen) der Kauf die Miete bricht (OR 259).

3. Das schweizerische Recht hat für diejenigen Personen, die ein dingliches oder grundbuchlich vorgemerktes Recht an einer Eigentumswohnung haben, eine Spezialregelung getroffen: Nach ZGB 649c sind die Bestimmungen über den Ausschluss eines Miteigentümers auf den Nutzniesser und den Inhaber eines anderen dinglichen oder vorgemerkten persönlichen Nutzungsrechts an einem Miteigentumsanteil sinngemäss anwendbar. Der Vorteil dieser Regelung besteht darin, dass sich die Gemeinschaft direkt an den Störer halten kann (besonders wenn die dinglichen Nutzungsrechte nicht ablösbar oder während langer Zeit unkündbar sind) und nicht auf Rechtsbehelfe angewiesen ist, die nur die Unterlassung weiterer Störungen verhindern[107]. Immerhin hat sich die konkrete Ausgestaltung dieses Anspruches auch nicht als unproblematisch erwiesen.

Als verantwortliche Personen kommen der Nutzniesser und der "Inhaber eines anderen dinglichen oder vorgemerkten persönlichen Nutzungsrechtes" (ZGB 649c) in Frage: Dies ist etwa der Wohnrechtsinhaber[108] oder der Mieter bzw. Pächter, wenn der entsprechende Vertrag im Grundbuch vorgemerkt ist (OR 260

103 Bopp, 134.

104 A.A. offenbar Bopp, 134.

105 Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 12.

106 Es ist zwar nicht zu übersehen, dass angesichts der zwingenden Kündigungsfristen und auch der Fristen bei einer Auflösung des Mietvertrages aus wichtigem Grund (OR 269) der Vermieter und Stockwerkeigentümer bei einer vorzeitigen Ausschaffung des Mieters allenfalls schadenersatzpflichtig wird.

107 Im einzelnen Friedrich, § 52, N 5 f.

108 Hingegen ist umstritten, wieweit die Nutzung einer Wohnung Gegenstand eines anderen, beschränkten dinglichen Rechts sein kann (vgl. Liver, Art. 730, N 13 und 192 sowie Hans-Peter Friedrich, Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1963, Basel 1963, 52).

und 282; ZGB 959 I). Die vertragliche Ausdehnung des direkten Ausschlussrechts auf Mieter und Pächter ohne vorgemerkten Vertrag ist nicht möglich[109].

Die Voraussetzungen der Geltendmachung des Anspruches gegenüber dem pflichtwidrig sich verhaltenden dinglichen Berechtigten stimmen mit denjenigen gegenüber einem Stockwerkeigentümer überein. Hingegen ist es nicht möglich, dass die dinglich Berechtigten zur Veräusserung ihres Rechts verurteilt werden, denn die entsprechenden Rechte (Nutzniessung, Wohnrecht, vorgemerktes Miet- oder Pachtrecht) sind von Gesetzes wegen unübertragbar und unvererblich. Aus denselben Gründen erscheint auch eine Versteigerung eines solchen Nutzungsrechts als unzulässig[110]. Das richterliche Urteil kann dementsprechend nur die Aufhebung (einseitige Ablösung) des entsprechenden Nutzungsrechts anordnen; es handelt sich dabei um eine Gestaltungsklage[111]. Bei dieser einseitigen Ablösung des Rechts ist aber Ersatz des kapitalisierten Werts des Nutzungsrechts zu leisten, wobei die Abfindung grundsätzlich durch den Eigentümer der betreffenden Stockwerkeinheit zu erfolgen hat; die im Vorentwurf vorgesehene Bestimmung, dass sich der Kläger oder ein anderer Miteigentümer mit der Klage verpflichten müsste, den Anteil zu einem richterlich festzusetzenden Preis zu übernehmen, ist gestrichen worden[112], weshalb es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, den klagenden Stockwerkeigentümer zur Bezahlung des Betrages eines Nutzungsrechts zu verpflichten; dies gilt m.E. auch für den Fall, dass mit der Aufhebung des Nutzungsrechts der Eigentümer der Stockwerkeinheit zugleich ausgeschlossen wird (die Abfindungsschuld lässt sich zusammen mit dem Anteil zwangsversteigern)[113].

III Die formellen Voraussetzungen des Ausschlusses

A Die gesetzliche Regelung

1. Das schweizerische Recht hält eindeutig fest, dass der Ausschluss aus der Gemeinschaft durch richterliches Urteil zu erfolgen hat, wobei es zur Klage eines Mehrheitsbeschlusses der Versammlung bedarf (ZGB 649b I und II). Das deutsche Recht spricht zwar davon, dass die anderen Wohnungseigentümer vom Störenden die Veräusserung seiner Einheit verlangen können, doch besteht trotz dieses Wortlautes Einhelligkeit darüber, dass sich das Verlangen in einem Mehrheitsentscheid niederschlagen muss (die Mehrheitsentscheidung bezieht sich auf das Verlangen, nicht auf das Bestehen des Anspruches[114]).

Die Rechtfertigung der Beschlussfassung in der Versammlung liegt darin, dass der auszuschliessende Stockwerkeigentümer vor unbegründeten Angriffen auf seine Stel-

109 Eingehend Friedrich, § 52, N 3 f.
110 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 28; Friedrich, § 52, N 8; Schneider, 166; Liver, SPR V/1, 74.
111 Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 29; Schneider, 166.
112 Vgl. Liver, SPR V/1, 74; Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 21 sowie BBl 1962 II 1510.
113 A.A. Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 30.
114 Weitnauer/Wirths, § 18, N 8a; eingehender zum Verfahren auch Götte, 102 ff.

lung verschont bleiben soll und dass der antragstellende Verletzte Unterstützung von Mitbeteiligten einholen kann. Überdies schützt der Versammlungsbeschluss vor einem übereilten richterlichen Verfahren und "hält objektiv als Bagatellen zu beurteilende Fälle, denen der verletzte Miteigentümer aus subjektiver Empfindlichkeit zu grosses Gewicht beigemessen hat, vom Richter fern"[115]. Schliesslich dient die Diskussion in der Versammlung der genaueren Klärung des Sachverhaltes (was schliesslich dem Richter zugute kommt) oder die Aussprache einer gütlichen Einigung.

Es ist jedoch festzuhalten, dass der Richter in seiner Entscheidung frei bleibt; zwar wird gewöhnlich die Pflichtverletzung desto schwerer und die Unzumutbarkeit desto wahrscheinlicher sein, je mehr Stockwerkeigentümer verletzt werden, doch darf der Richter seinen Entscheid nicht von der Zahl der dem Ausschlussverfahren zustimmenden Beteiligten abhängig machen.

2. Damit ein Versammlungsbeschluss gefällt werden kann, muss eine solche einberufen werden. Der beeinträchtigte Stockwerkeigentümer hat deshalb mit einem entsprechenden Begehren an den Verwalter zu treten und dieser ist verpflichtet, eine Versammlung anzuordnen. Des weitern kann die Einberufung durch die Minderheit[116] oder durch den Ausschuss[117] erfolgen. Ist keine dieser Möglichkeiten praktisch realisierbar, hat m.E. der Richter auf entsprechendes Begehren des verletzten Stockwerkeigentümers hin die Versammlung anzuberaumen oder den Betroffenen zur Einberufung zu ermächtigen[118]. Um solche Komplikationen zu vermeiden, ist es denkbar, das Einberufungsrecht jedes Stockwerkeigentümers im Hinblick auf einen Ausschluss zu vereinbaren.

Der Verwalter, der nicht Stockwerkeigentümer ist, kann nicht von sich aus vorgehen. Weil er aber das Verhalten der Gemeinschafter am besten überblickt, empfiehlt es sich allenfalls, ihm vertraglich ein Antragsrecht auf Ausschluss einzuräumen[119].

3. In Deutschland besteht gemäss WEG 18 III 3 die Besonderheit, dass nach einer ersten, beschlussunfähigen Versammlung nicht eine zweite ohne Einhaltung der Beschlussfähigkeitsvorschriften entscheiden kann[120]. Diese Schutzbestimmung zugunsten des auszuschliessenden Wohnungseigentümers ist in der Schweiz deshalb von weniger grosser Bedeutung, weil für die zweite Versammlung ebenfalls ein Anwesenheitsminimum verlangt wird (ZGB 712p III) und bei der Beschlussfassung nicht auf die Zahl der anwesenden Stockwerkeigentümer abgestellt wird[121].

4. Das schweizerische wie das deutsche Recht fordern einen Mehrheitsbeschluss. Nach der gesetzlich grundsätzlich geltenden Regelung hat dabei jeder Stockwerkeigentümer eine Stimme[122]. Nicht stimmberechtigt ist der durch den Ausschluss betroffene Stockwerkeigentümer, was sich für die Schweiz direkt aus dem Geset-

115 Schneider, 161.
116 Vorne § 22 I A 2.
117 Vorne § 22 I A 3.
118 Mit eingehender Begründung vorne § 22 I A 4.
119 K. Müller, 37; Friedrich, § 51, N 8.
120 Bärmann/Pick, § 18, N 37; Weitnauer/Wirths, § 18, N 8.
121 Nachfolgend Ziff. 4.
122 Zur Frage der Abdingbarkeit nachfolgend B.

zeswortlaut ergibt (ZGB 649b II a.E.) und für Deutschland auf WEG 25 V zu stützen ist[123].

Über das Ausmass der Mehrheit herrscht in der Schweiz Unsicherheit: Das Gesetz spricht von der Mehrheit aller Miteigentümer (ZGB 649b II) und es ist auch unbestritten, dass beim gewöhnlichen Miteigentum die Mehrheit der an der Versammlung anwesenden Miteigentümer nicht ausreicht[124]. Hingegen fragt sich, ob im Stockwerkeigentum nicht von den vereinsrechtlichen Grundsätzen auszugehen ist (das Gesetz äussert sich wie allgemein bei der Beschlussfassung nicht dazu[125]). Die – in der Literatur kontroverse[126] – Frage ist m.E. zu verneinen: Die Beschlussfassung im Rahmen des Ausschlusses ist strukturell anders verankert als diejenige im Verwaltungsbereich[127]; die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist nämlich insoweit, als sie eine gemeinsame Verwaltungstätigkeit im Interesse aller Beteiligten vornimmt, körperschaftlich organisiert, weshalb sich die Anwendung der Beschlussfassungsvorschriften aus dem Vereins-, nicht dem Miteigentumsrecht aufdrängt[128]; der Ausschluss liegt dagegen nicht in diesem Bereich, sondern betrifft die Stockwerkeigentümer als Rechtsgemeinschaft, mithin Miteigentümergemeinschaft, wodurch ZGB 649b II auf sie ohne weiteres direkt anwendbar erscheint. Derselbe Grundsatz gilt auch im deutschen Recht: Nach einhelliger Ansicht[129] muss dem Antrag auf Ausschliessung eines Wohnungseigentümers mehr als die Hälfte der Stimmberechtigten, nicht nur die Mehrheit der in der Versammlung anwesenden oder vertretenen Wohnungseigentümer, zustimmen.

5. Unter gewissen Konstellationen findet die gewöhnliche Mehrheitsbeschlussfassung ihre Grenzen. Besteht die Stockwerkeigentümergemeinschaft nur aus zwei Mitgliedern, steht gemäss ZGB 649b II jedem das Klagerecht an den Richter zu; auch in Deutschland wird überwiegend die Meinung vertreten, die Beschlussfassung wäre nur eine Formalität und sei deshalb entbehrlich[130].

Weil es sich beim Ausschluss nicht um eine Verwaltungsangelegenheit handelt, erscheint grundsätzlich die Einschränkung des Stimmrechts auf Untergemeinschaften[131] unangebracht[132]; die Frage des Ausschlusses berührt alle Gemeinschaftsmitglieder, weil die Zusammensetzung geändert wird; auch von der Sache her ist ein

123 Herrschende Lehre (statt vieler: Bärmann/Pick, § 18, N 37).
124 Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 19; Liver, SPR V/1, 73.
125 Vgl. vorne § 22 IV C 1.
126 Für Anwendung des Miteigentumsrechts (je ohne weitere Begründung) Schneider, 160, Anm. 31; Michaud, 57 sowie Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 25; für Anwendung des Vereinsrechts Friedrich, § 51, N 7; unklar K. Müller, 37, der nur von einfacher Mehrheit spricht (daraus leitet Friedrich, a.a.O. zu Unrecht eine Übereinstimmung mit seiner Ansicht ab), und Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 19 (er schliesst sich vage an Friedrich an).
127 Der unterschiedliche Entscheid im Vergleich zur Behandlung vorne (§ 22 IV C 1) ist deshalb sachlich gerechtfertigt.
128 Zum körperschaftlich organisierten Bereich vgl. Weber, SJZ 1979, 117 ff.
129 Bärmann/Pick, § 18, N 38; Weitnauer/Wirths, § 18, N 8; Staudinger/Ring, § 18, N 8; Soergel/Baur, § 18, N 4; Diester, Rechtsfragen, N 249.
130 Bärmann/Pick, § 18, N 37; Staudinger/Ring, § 18, N 10; Soergel/Baur, § 18, N 4; Palandt/Bassenge, § 18, N 5a; eine spezielle Vereinbarung wird empfohlen von Weitnauer/Wirths, § 18, N 8.
131 Dazu vorne § 21 II D.
132 In diesem Sinne eindeutig das BayObLG, 4.1.1972, zitiert bei Ullrich, 157.

Ausschluss von grösserer Wichtigkeit als eine sonstige Angelegenheit z.B. des Gebrauchs von gemeinschaftlichen Einrichtungen. Dennoch darf die Tatsache nicht übersehen werden, dass in grossen Überbauungen kein Interesse der Gemeinschafter daran besteht, über die Frage, ob irgendein (unbekannter) Stockwerkeigentümer eines Nebenblockes ausgeschlossen werden soll, entscheiden zu können (mit der allfälligen Folge der Beschlussunfähigkeit der Versammlung); eine vertragliche Gestaltungsmöglichkeit darf deshalb nicht von vorneherein ausgeschlossen werden[133].

Abgesehen vom Fall, dass nur zwei Stockwerkeigentümer vorhanden sind, kann die Mehrheitsbildung auch unter anderen Konstellationen verunmöglicht sein. Beispielsweise fehlt eine Mehrheit, wenn bei drei Beteiligten der Auszuschliessende nicht stimmberechtigt ist und die beiden anderen entgegengesetzter Ansicht sind; dieser Fall ist so zu behandeln, wie wenn eine Mehrheitsbildung überhaupt nicht möglich wäre und es ist dem Antragsteller das Klagerecht einzuräumen[134]. Nicht im Auge hat das Gesetz die Situation, dass sich mehrere Stockwerkeigentümer zu einer "Sondergemeinschaft der Rücksichtslosen" verbünden und die sich korrekt verhaltende Minderheit zur Gemeinschaft herausekeln wollen; eine Mehrheitsbildung ist hier von vorneherein nicht möglich. Mit Schneider[135] ist deshalb davon auszugehen, dass eine echte Gesetzeslücke vorliegt, die im Sinne des Gesetzgebers zu füllen ist, wonach der sich ordnungsgemäss verhaltende Stockwerkeigentümer des dinglichen Rechts an der Sache niemals gegen seinen Willen verlustig gehen soll; wenn nun der verletzte Stockwerkeigentümer gegen mehrere Beteiligte mit der Ausschlussklage vorgehen will, ist zwar über die Berechtigung getrennt zu beschliessen, wobei jedoch alle von einer Ausschlussklage Bedrohten nicht mitstimmen dürfen; ist deswegen überhaupt keine Mehrheitsbildung möglich, drängt sich allenfalls die Einholung einer richterlichen Ermächtigung auf.

6. Der Beschluss hat insofern keine entscheidende Bedeutung, als schliesslich das Gericht über den Ausschluss des Stockwerkeigentümers befindet. Hingegen steht es im Ermessen der Versammlung, ob sie die Klagebewilligung und damit eine Voraussetzung des gerichtlichen Verfahrens erteilt. Eine Anfechtung des Versammlungsbeschlusses ist also nur aus formellen Gründen möglich, nicht aber wegen des Vorliegens der unzumutbaren Tatsachen, auch wenn diese sachlichen Voraussetzungen objektiv gegeben wären[136]. Der Gesetzgeber geht also von der Vermutung aus, dass bei einer Weigerung der Mehrheit der Stockwerkeigentümer, die Ausschlussklage zuzulassen, die Fortsetzung der Gemeinschaft dem Betroffenen nicht unzumutbar ist.

B Die Abänderbarkeit der gesetzlichen Regelung

1. Hinsichtlich der Abänderbarkeit der formellen Voraussetzungen herrscht sowohl im schweizerischen wie im deutschen Recht eine grosse Unsicherheit. Das ZGB hat ohnehin keine Unabdingbarkeit angeordnet und sie muss aus der Struktur und Funktion des Ausschlussrechts geschlossen werden; WEG 18 IV bestimmt nur, dass

133 Eingehender hinten § 32 III B 4.
134 Schneider, 162 f.
135 Schneider, 163.
136 Friedrich, § 51, N 8.

der Anspruch aus WEG 18 I nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden dürfe; daraus kann nun m.E. aber nicht geschlossen werden, WEG 18 III sei völlig abdingbar[137], weil sich mit einer entsprechenden formellen Regelung auch der materielle Anspruch (der geschützt ist) illusorisch machen liesse; m.E. müssen deshalb die Anordnungen von WEG 18 III insoweit zwingender Natur sein, als sie zur Verwirklichung des Ausschlussrechts notwendig beitragen.

2. Das Antragsrecht auf Ausschluss eines Mitgemeinschafters steht ohnehin jedem Stockwerkeigentümer zu. Im Sinne einer vertraglichen Erweiterung ist es möglich, dieses Antragsrecht mit einem Versammlungseinberufungsrecht zu verbinden oder auch dem Verwalter, der nicht Gemeinschafter ist, ein Antragsrecht einzuräumen, denn dadurch wird der Schutz des auszuschliessenden Stockwerkeigentümers nicht übermässig eingeschränkt[138]. Unzulässig erscheint dagegen eine Erschwerung z.B. dadurch, dass der Ausschlussantrag von einer minimalen Anzahl (ziffernmässig oder prozentual) von Stockwerkeigentümern unterstützt werden muss, denn über das weitere Vorgehen entscheidet ohnehin die Versammlung.

3. Die Sondervorschrift, wonach eine zweite Versammlung nicht durchzuführen ist (WEG 18 III 3), hat keine strukturelle Bedeutung, weshalb nichts gegen eine Abbedingung spricht; auch in einer zweiten Versammlung bedarf der Beschluss der Mehrheit der stimmberechtigten Wohnungseigentümer, weshalb die Anwesenheit von mehr als der Hälfte der Betroffenen (oder jedenfalls der Stimmkraft) ohnehin erforderlich ist.

4. Die Hauptprobleme der vertraglichen Gestaltungsfreiheit ergeben sich bei der Beschlussfassung. So fragt sich etwa, ob statt des gesetzlich geltenden Kopfstimmrechts auch das Wertquotenstimmrecht oder das Stimmrecht nach Stockwerkeinheiten eingeführt werden könne; wie bereits mehrfach dargelegt, ist der Ausschluss eines Mitgliedes nicht Teil der Verwaltungstätigkeit, sondern Ausfluss der sachenrechtlichen Beziehung des einzelnen zum Miteigentumsgegenstand. Von der Struktur her ist deshalb jedenfalls die Kopfstimme sachgerechter als die Wertstimme[139]. Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung (wie etwa im schweizerischen Genossenschaftsrecht: OR 885) kann aber dennoch nicht die Unabdingbarkeit des Kopfstimmenprinzips angenommen werden: Die Stockwerkeigentümer sind also frei, eine Stimme pro Einheit vorzusehen, stark beteiligten Mitgliedern ein Pluralstimmrecht einzuräumen oder das Wertquotenstimmrecht einzuführen. Als Korrektiv gegen ein allfälliges hohes Stimmpotential eines einzelnen dient das richterliche Verfahren; zudem ist, sofern die übrigen Stockwerkeigentümer keine Mehrheit bilden können (z.B. weil derjenige mit über 50% den Auszuschliessenden deckt), ein Antragsrecht gegenüber dem Richter anzuerkennen[140].

a) Ob das Quorum bei der Beschlussfassung erhöht werden kann oder nicht, ist sowohl in der Schweiz[141] wie in Deutschland[142] heftig umstritten. An einer Be-

137 Zu weitgehend deshalb Weitnauer/Wirths, § 18, N 10 und Hauger, 149.

138 Vorne A 2.

139 Abzulehnen ist deshalb die Ansicht von Bärmann/Pick, § 18, N 38, wonach das Kopfstimmenprinzip unzweckmässig sei.

140 Vgl. vorne § 32 III A 5 und hinten Ziff. 4 a.E.

141 Für die Zulässigkeit der Erschwerung der Beschlussfassung Friedrich, § 51, N 20; K. Müller, Art. 46 seines Reglementes (S. 164); Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 3 (wenn auch mit Bedenken); gegen die Zulässigkeit Studer, 98 und Schneider, 154.

142 Für die Zulässigkeit der Erschwerung der Beschlussfassung: Amtliche Begründung, zitiert

gründung der Ansichten fehlt es – leider – weitgehend[143]. Aufschlussreich ist die Argumentation von Bärmann/Pick bei ihrer ersten Meinungsänderung: Bei einer qualifizierten Mehrheit handle es sich nicht um eine Einschränkung des in WEG 18 I geregelten Anspruches, sondern lediglich um eine Erhöhung der Anforderungen an einen entsprechenden Beschluss[144]; durch diese Erschwerung der Beschlussfassung wird nun aber gerade die Möglichkeit der Einleitung eines richterlichen Verfahrens eingeengt und damit der Anspruch aus WEG 18 I eingeschränkt! Zu Recht hegt deshalb Meier-Hayoz Bedenken gegen die Erschwerung des Verfahrens, weil der Ausschluss dadurch, besonders bei grösseren Gemeinschaften, über Gebühr erschwert werde[145]. Die Einführung der Einstimmigkeit erscheint deshalb ohnehin als unzulässig, weil damit ein Ausschluss in den meisten Fällen praktisch illusorisch würde. Zwar liesse sich argumentieren, mit einer beschränkten Erhöhung des Quorums (z.B. Mehrheit der Stockwerkeigentümer und Mehrheit der Anteile[146]) werde der Ausschlussanspruch nicht übermässig beschränkt; ein solches Vorgehen würde es aber mit sich bringen, dass regelungstechnisch eine klare Grenzziehung unmöglich wäre und der Richter in jedem Streitfalle einen an Willkür grenzenden Entscheid fällen müsste (sind 2/3 schon zuviel? sind 3/4 noch tragbar?). Im Sinne einer klaren gesetzlichen Regelung und unter nachhaltiger Betonung der Bedeutung des Ausschlussrechts (bestmöglicher Schutz der Ansprüche aus ZGB 649b I/WEG 18 I) ist deshalb m.E. davon auszugehen, dass der Grundsatz der Zuständigkeit der Mehrheit aller Stockwerkeigentümer nicht erschwert werden kann.

Auch andere Erschwerungen sind unzulässig, z.B. die Vorschrift, dass alle dem auszuschliessenden unmittelbar benachbarten Stockwerkeigentümer dem Antrag auf Ausschluss zuzustimmen haben[147], oder eine Bestimmung, wonach die Entscheidungsbefugnis dem Verwalter oder einem Dritten eingeräumt[148] bzw. der Versammlungsbeschluss von ihrer Zustimmung abhängig gemacht wird.

b) Demgegenüber erheben sich hinsichtlich der Erleichterung der formellen Voraussetzungen keine grundsätzlichen Bedenken. Die Rechtsstellung der verletzten Stockwerkeigentümer wird dadurch gestärkt, nicht geschwächt; ein übermässiger Eingriff in die dingliche Rechtsposition des Auszuschliessenden dürfte nicht gegeben sein, weil ohnehin der Richter über den Ausschluss befindet. Deshalb erscheint es

bei Staudinger/Ring, § 18; OLG Celle, 7.4.1955, DNotZ 1955, 320 ff mit zust. Anm. von Weitnauer; Weitnauer/Wirths, § 18, N 10; Diester, Rechtsprechung, 128 (Anm. zum Entscheid des OLG Celle); Palandt/Bassenge, § 18, N 5a; Soergel/Baur, § 18, N 4; Bärmann/Pick, 2. und 3. Aufl. 1973/75, § 18, N 41, 51; gegen die Zulässigkeit Diester, § 18, N 11; Bärmann, 1. Aufl. 1958, § 18 IV (S. 513) sowie neu wieder Bärmann/Pick, KK, 90.

143 Das OLG Celle (Anm. 142), das sich eingehender mit der Frage befasst hat, bezieht WEG 18 IV lediglich (ausschliesslich) auf WEG 18 I (323), eine Ansicht, die bereits widerlegt worden ist (vorne Ziff. 1).

144 Bärmann/Pick, 2. und 3. Aufl. 1973/75, § 18, N 51.

145 Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 3.

146 In diesem Sinne Art. 46 des Reglementes von K. Müller (164); das von Friedrich, § 51, N 20 angeführte Beispiel, die Zustimmung der Mehrheit aller Stockwerkeigentümer zu verlangen, erübrigt sich, weil dies – entgegen seiner Ansicht – dem gesetzlichen Zustand entspricht.

147 Studer, 98.

148 Bärmann/Pick, § 18, N 41.

m.E. als zulässig, für die Beschlussfassung nur die Mehrheit der anwesenden Stockwerkeigentümer vorzusehen[149].

Der Hauptanwendungsfall der erleichterten Beschlussfassung liegt in der Abstimmung in Untergemeinschaften[150]. Ihre Bildung im Hinblick auf den Ausschluss sollte m.E. zwar mit äusserster Zurückhaltung vorgenommen werden (z.B. betrifft die schlechte Zahlungsmoral alle Gemeinschaftsmitglieder, nicht nur diejenigen eines Blockes)[151]. Dennoch können die konkreten Verhältnisse so gelagert sein, dass bei grösseren Gemeinschaften kaum eine Beziehung zwischen den verschiedenen Wohnhäusern besteht und deshalb die Mehrheit überhaupt nicht daran interessiert ist, zu entscheiden, ob irgendein (unbekannter) Stockwerkeigentümer ausgeschlossen werden soll[152]; in diesen Fällen wird leicht das Quorum der Beschlussfähigkeit nicht erreicht und damit die Einleitung des Ausschlussverfahrens verunmöglicht. In einer solchen Situation erscheint es als angebracht, die Entscheidungsmöglichkeit nur einem Teil der Stockwerkeigentümer vorzubehalten, zumal der Richter endgültig über den Ausschluss befindet.

Noch problematischer ist die Frage, ob auf die Klagebewilligung der Gemeinschaft vertraglich überhaupt verzichtet werden darf. Auch wenn angesichts der Funktion des Versammlungsbeschlusses[153] ein solcher Verzicht wenig sinnvoll ist, wird man ihm die Gültigkeit nicht versagen können: Weil ohnehin der Richter das Vorliegen eines Ausschlussgrundes festzustellen hat, ist das Interesse der Gemeinschaft, am Ausschlussverfahren beteiligt zu sein, doch nicht als so intensiv zu werten, dass sie sich vertraglich dieser Möglichkeit nicht begeben dürfte[154] (der einzelne trägt dabei das Prozessrisiko). Aus denselben Gründen erscheint es auch als zulässig, vertraglich ein Anfechtungsrecht von Versammlungsbeschlüssen in materieller Hinsicht zu vereinbaren[155]; der unterlegene Antragsteller könnte dann vor dem Richter geltend machen, die Versammlung habe zu Unrecht ein objektiv vorliegendes pflichtwidriges Verhalten nicht für unzumutbar erachtet; der Richter müsste somit, ungeachtet der Mehrheit der Versammlung, die Frage des möglichen Ausschlusses prüfen.

5. Die bevorstehende Revision des WEG soll nun der Unsicherheit hinsichtlich der Abänderbarkeit des Ausschlussverfahrens ein Ende setzen: Übereinstimmend schlagen Bundesrat[156] und Bundesregierung[157] vor, dass jede Erweiterung oder Einengung von WEG 18 III unzulässig sein soll. Weiter wird bestimmt, dass der Ausschluss nicht im schriftlichen Beschlussfassungsverfahren durchgeführt werden dürfe; zudem ist selbstverständlich nicht jede Versammlung beschlussfähig, weil ja

149 So auch Friedrich, SJK 1302, 15. Offen bleibt die Frage, ob im Falle des Unterliegens der Klage nur die Zustimmenden oder auch die Abwesenden kostenpflichtig werden.
150 Vorne § 21 II D.
151 Vgl. auch die Darstellung vorne § 32 III A 5.
152 Vgl. auch Diester, Rechtsfragen, N 250; gl.M. Weitnauer/Wirths, § 18, N 10 und Studer, 98.
153 Vorne § 32 III A 1.
154 In diesem Sinne auch Friedrich, § 51, N 21 sowie Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 3.
155 Friedrich, § 51, N 8.
156 Zur Begründung: Drucksache 8/161, 10, 18.
157 Zur Begründung: Drucksachen 445/78 und 8/2444, je 13.

mehr als die Hälfte der stimmberechtigten Wohnungseigentümer dem Ausschluss zustimmen muss[158].

IV Durchführung und Folgen des richterlichen Verfahrens

1. Der Beschluss der Stockwerkeigentümer führt noch nicht zum Ausschluss des pflichtvergessenen Gemeinschaftsmitgliedes; vielmehr hat das Gericht den betreffenden Entscheid zu fällen. Diese verfahrensrechtliche Ausgestaltung ist zum Schutz des auszuschliessenden Stockwerkeigentümers notwendig, weil sonst der Bestand seiner dinglichen Rechtsstellung von der Willkür der Mehrheit abhängig wäre. Vertraglich kann deshalb auf das richterliche Verfahren nicht verzichtet werden.

Genau zu trennen ist zwischen der Gerichtsinstanz, die für die Anfechtung eines Versammlungsbeschlusses zuständig ist, und jener, die sich mit der Ausschlussklage befasst. In der Schweiz findet in beiden Fällen das ordentliche Verfahren Anwendung; demgegenüber untersteht in Deutschland die Anfechtung der freiwilligen Gerichtsbarkeit (unabhängig davon, ob der Versammlungsbeschluss positiv oder negativ ausgefallen ist[159]), während die Entziehungsklage ein ordentlicher Zivilprozess ist (vgl. ZGB 649b III; WEG 19 I). Dass es sich um ein ordentliches (nicht etwa summarisches) Verfahren handeln muss, ergibt sich aus dem Schutzgedanken zugunsten des auszuschliessenden Stockwerkeigentümers, denn nur bei diesem ist die Gewähr einer umfassenden Abklärung des Tatbestandes und einer vollen richterlichen Nachprüfung des Versammlungsbeschlusses gegeben[160]. Das Ausschlussverfahren darf deshalb auch nicht vor einer Verwaltungsbehörde stattfinden; hingegen erscheint es als zulässig, ein Schiedsgericht einzusetzen[161].

2. Passivlegitimiert im Ausschlussprozess ist der auszuschliessende Stockwerkeigentümer; wird ein Vorgehen gegenüber mehreren ins Auge gefasst, so sind sie je einzeln einzuklagen, wobei jedoch für die verschiedenen Mehrheitsbeschlüsse das Stimmrecht aller von einem Ausschluss Betroffenen ruht[162].

3. Aktivlegitimiert sind grundsätzlich der oder die in ihren Rechten beeinträchtigten Stockwerkeigentümer[163]. Der Gemeinschaft als solcher fehlt die Aktivlegiti-

158 In der Diskussion hat die Revision von WEG 18 nicht besonders viele Reaktionen ausgelöst: Die meisten Stimmen äussern sich zurückhaltend positiv (typisch Dieter Stephan, Die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes aus der Sicht der Rechtsprechung, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 68: "vertretbar, wenn auch entbehrlich"); einige nicht sehr gewichtige Bedenken hegt nur Bärmann, Rechtspfleger 1977, 240 f.

159 Die Frage war früher umstritten; in diesem Sinne hat sich – mit eingehender Begründung – das KG, 24.8.1967, NJW 1967, 2268 f entschieden; seither hat sich die überwiegende Lehrmeinung dieser Ansicht angeschlossen (vgl. den Überblick über den Literaturstand bei Diester, Rechtsfragen, N 252 f).

160 Vgl. BBl 1962 II 1510; Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 13; Schneider, 165.

161 Friedrich, § 51, N 13.

162 Vorne § 32 III A 5 a.E.

163 Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 17.

mation, weil das Ausschlussverfahren nicht in den Bereich ihrer beschränkten Handlungsfähigkeit fällt[164].

Umstritten ist, ob das Klagerecht (ausser bei einer Gemeinschaft von zwei[165] oder drei[166] Stockwerkeigentümern) auch einem einzelnen zusteht[167]. Sofern am Mehrheitsentscheid festgehalten wird, ist dies unproblematisch, weil er ja als formelle Voraussetzung einen solchen vorzulegen hat und im Falle des Unterliegens kostenpflichtig wird. Hingegen fragt es sich, ob ein einzelner ohne Mehrheitsentscheid aktivlegitimiert ist; dabei ist danach zu unterscheiden, ob ein entsprechender Antrag in der Versammlung ordnungsgemäss abgelehnt worden oder eine Mehrheitsbildung überhaupt verunmöglicht ist. Vorbemerkt sei noch, dass die vertragliche Einräumung eines Klagerechts als zulässig erscheint, weil dadurch die Rechtsstellung des Auszuschliessenden nicht übermässig beschränkt wird[168].

a) Mangels einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung kann die Klagebefugnis einem einzelnen nur zukommen, wenn sich im Stockwerkeigentumsrecht ein anderer Rechtstitel findet; in Frage kommt dabei lediglich der Anspruch auf eine ordnungsmässige Verwaltung (WEG 21 IV) bzw. Gebrauchsregelung (WEG 15 III); in der Schweiz müsste es sich um den Einzelanspruch auf gebrauchserhaltende Verwaltung (ZGB 647 II) handeln[169]. Zuzugeben ist zwar, dass man um eine extensive Auslegung dieser Begriffe (zumal in der Schweiz nur notwendige Handlungen gedeckt sind) nicht herumkommt. Ein solches Begehren ist jedoch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (WEG 43) bzw. im summarischen Verfahren[170] geltend zu machen; die direkte Ansetzung einer Verhandlung, in der über den Ausschluss befunden wird, ist jedoch dort – vom Schutzgedanken des richterlichen Verfahrens her – ausgeschlossen[171]. Hingegen muss es m.E. möglich sein, dass sich der einzelne die Klageberechtigung für den ordentlichen Zivilprozess erstreitet. Er hat demzufolge vor dem Einzelrichter glaubhaft zu machen, dass sich ein Stockwerkeigentümer grob pflichtwidrig und deshalb unzumutbar verhalte sowie dass auf Grund der vorliegenden Indizien ein Mehrheitsbeschluss zu Unrecht nicht zustande gekommen sei, wobei durch dieses Verhalten ein ordnungsmässiges Zusammenleben in der Gemeinschaft verunmöglicht werde. Der Entscheid des Richters hat sich hierauf darüber auszusprechen, ob die gemeinschaftliche Benutzung und Verwaltung des zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäudes gefährdet erscheinen und ob deshalb eine genauere Prüfung des Verhaltens auf Grund der vorgebrachten Indizien (und damit

164 Weber, SJZ 1979, 117 f.
165 Vorne § 32 III A 5 a.E.
166 Vorne § 32 III A 5 a.E.
167 In der Schweiz sprechen sich Michaud (57) und wohl auch Friedrich (§ 51, N 9 und 11) gegen und Studer (96) für die Zulässigkeit des Einzelanspruches aus; in Deutschland bejahen Bärmann/Pick (§ 18, N 44), Palandt/Bassenge (§ 18, N 5b) und das LG Nürnberg-Fürth (20.9.1963, zitiert bei Diester, Rechtsprechung, Nr. 52) den Anspruch des einzelnen, während Weitnauer/Wirths (§ 18, N 8) und Diester (Rechtsprechung, 131) dessen Berechtigung für zweifelhaft halten.
168 Es handelt sich um ein Minus in maiore gegenüber dem Verzicht auf die Versammlung überhaupt.
169 So Studer, 96.
170 Meier-Hayoz, Art. 647, N 53.
171 Dies scheinen m.E. die deutschen Autoren zu übersehen, die unbedenklich von einem Einzelanspruch sprechen.

die Ausstellung einer Klagelegitimation) angebracht ist. Durch die Anerkennung eines solchen Vorgehens werden weder die Interessen des Auszuschliessenden noch diejenigen der den Ausschluss ablehnenden Mehrheit unzulässig beeinträchtigt; zugleich lässt sich verhindern, dass ein einzelner aus übermässiger Empfindlichkeit oder Böswilligkeit ein ordentliches Verfahren einleitet.

b) Ähnlich verhält es sich in den Fällen, in denen die Mehrheitsbildung verunmöglicht ist (z.B. wenn mangels eines genügenden Interesses die Beschlussfähigkeit nicht zustande kommt oder wenn sich vier Stockwerkeigentümer gegen einen sich korrekt verhaltenden[172] verschworen haben). Wenn die Verwaltung und Nutzung der Gemeinschaft im weiteren Sinne unter diesem Zustand leiden, muss Abhilfe geschaffen werden können; anderseits wäre dem Missbrauch die Türe geöffnet, wenn ein einzelner mit der Begründung, alle anderen verhielten sich pflichtwidrig (weil diesfalls das Stimmrecht der Betroffenen ruht, verbleibt zur "Mehrheitsbildung" nur noch der Klagende[173]), gegen jeden eine Ausschlussklage anstrengen könnte. Das schweizerische Miteigentumsrecht sieht zwar nur im Hinblick auf notwendige Verwaltungshandlungen den Einzelanspruch und das summarische Verfahren vor; in extensiver Auslegung muss aber m.E. auch in dieser Situation die Möglichkeit der Einholung einer Klagelegitimation im summarischen Verfahren (bzw. in der freiwilligen Gerichtsbarkeit) – zugunsten des einzelnen – anerkannt und – zugunsten des Auszuschliessenden – gefordert werden[174]. Das Verfahren würde den Mehrheitsbeschluss ersetzen, ohne die materielle Rechtslage zu präjudizieren.

4. Sind die Ausschlussgründe im ordentlichen Verfahren in zuverlässiger und objektiver Weise festgestellt worden[175], hat der Richter den Betroffenen zur Veräusserung seiner Stockwerkeinheit zu verpflichten. Es handelt sich dabei um ein Leistungsurteil[176], nicht um ein Gestaltungsurteil[177], denn der Ausgeschlossene bleibt bis zum Verkauf seiner Eigentumswohnung Mitglied der Gemeinschaft, wobei aber der Richter eine Spezialregelung für das Stimmrecht, die Kostentragung u.a. treffen kann.

Mit der Verpflichtung zur Veräusserung ist dem Ausgeschlossenen vom Richter zugleich eine Frist anzusetzen. Innert dieser Frist hat der Betroffene die Eigentumsübertragungshandlungen vorzunehmen; nach schweizerischem Recht handelt es sich dabei um einen gewöhnlichen privatrechtlichen Verkauf, während nach deutschem Recht das Urteil die Willenserklärungen des "Verkaufenden" ersetzt[178], wobei jedoch das Eigentum ebenfalls erst mit dem Vollzug im Grundbuch auf den Erwerber übergeht. Eine Übernahmepflicht des klagenden Stockwerkeigentümers ist gesetzlich nicht vorgesehen[179].

172 Vgl. auch vorne § 32 III A 5 a.E.
173 Vorne § 32 III A 5 a.E.
174 In diesem Sinne auch mit eingehender Begründung Schneider, 164 f.
175 Liver, Marxer, 182; Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 13.
176 Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 14; Friedrich, § 51, N 12; vgl. auch Bärmann/Pick, § 19, N 3 f, 9 sowie Weitnauer/Wirths, § 19, N 1 (widersprechend dagegen § 25, N 10; vgl. vorne § 21 II B).
177 So etwa beim Ausschluss aus einer Kollektivgesellschaft.
178 So ausdrücklich WEG 19 I und die herrschende Lehre.
179 Zu dieser in der Entstehungsgeschichte des schweizerischen Rechts umstrittenen Frage vgl. BBl 1962 II 1510; Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 21; Liver, SPR V/1, 74.

5. Verkauft der Ausgeschlossene seine Stockwerkeinheit nicht anordnungsgemäss (innert Frist) freihändig, erfolgt nach schweizerischem Recht eine öffentliche Versteigerung, für welche die Bestimmungen über die Zwangsverwertung von Grundstücken gelten (SchKG 133–143, VZG 1 ff)[180]. Das deutsche Recht sieht für die Versteigerung des Wohnungseigentums ein spezielles Verfahren vor (WEG 19 I, 53 ff: sog. freiwillige Versteigerung)[181].

6. Die Verfahrensvorschriften hinsichtlich des gerichtlichen Urteils sowie seiner Durchsetzung (ZGB 649b III; WEG 19 I und III) stellen eine notwendige Ergänzung zum zwingenden Anspruch auf die Möglichkeit des Ausschlusses eines unverträglichen Stockwerkeigentümers dar; sie können deshalb nach allgemein herrschender Meinung nicht abbedungen werden[182].

§ 33 Das Vorkaufsrecht

I Wesen und Funktion

1. Das schweizerische Miteigentumsrecht sieht ein gesetzliches Vorkaufsrecht bei der Veräusserung eines Anteils durch einen Mitgemeinschafter vor (ZGB 682). Hingegen hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, ein solches auch im Stockwerkeigentum zu verankern: Damit sollten die Verkehrsfähigkeit der Einheiten erhöht und eine gesetzliche Veräusserungsbeschränkung vermieden werden, wo sie sich nicht zwingend aufdrängte[1].

Anderseits ist nicht zu verkennen, dass – vor allem kleinere – Gemeinschaften ein nicht unerhebliches Interesse daran haben, das Eindringen unerwünschter fremder Elemente zu verhindern, um das gute Einvernehmen und die reibungslose Ausübung des Stockwerkeigentums zu erhalten. Das Gesetz räumt deshalb den Stockwerkeigentümern die Möglichkeit ein, den Bestand der Gemeinschaft zu sichern, indem sie vertraglich ein Vorkaufsrecht vorsehen kann (ZGB 712c I). Wenn die Stockwerkeigentümer also Fremden den Eintritt in die Gemeinschaft erschweren wollen, müssen sie vorerst selber tätig werden.

Die Verkehrsfähigkeit der Stockwerkeinheiten ist also durch eine entsprechende vertragliche Regelung einschränkbar. Neben dem Einspruch gegen die Veräusserung oder die Einräumung von Nutzungsrechten an Dritte (ZGB 712c II, III)[2] handelt es sich jedoch beim Vorkaufsrecht um die einzig mögliche vertragliche Beschränkungs-

180 Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 25; Friedrich, § 51, N 12; vgl. auch die berechtigten Bedenken hinsichtlich der Gleichstellung mit dem Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren bei Meier-Hayoz, Art. 649b und c, N 26, denen das Bundesgericht mit der Änderung der VZG vom 4.12.1975 (AS 1976, 164 ff) nachgelebt hat.

181 Im einzelnen die Kommentatoren zu WEG 53 ff.

182 Bärmann/Pick, § 19, N 27; Weitnauer/Wirths, § 19, N 8; Soergel/Baur, § 19, N 5; Hauger, 147.

1 BBl 1962 II 1514; StenBull StR 1963, 217.

2 Vorne § 13 III und hinten § 34.

möglichkeit der rechtlichen Verfügungsmacht[3] der Stockwerkeigentümer über ihre Einheiten[4].

2. Das deutsche WEG hat ein gesetzliches Vorkaufsrecht ebenfalls nicht eingeführt; es fehlt zudem ein ausdrücklicher Hinweis, dass vertraglich ein solches begründet werden kann. Dennoch entspricht es einhelliger Lehre, dass die rechtsgeschäftliche Einführung eines Vorkaufsrechts nach den allgemeinen Vorschriften (BGB 1094–1104, vor allem BGB 1095 sowie BGB 504 ff) möglich ist[5]; fehlt es jedoch an einer vertraglichen Vereinbarung, besteht wie in der Schweiz kein Vorkaufsrecht[6,7].

3. Das Vorkaufsrecht ist im Vergleich zu den Veräusserungs- und Nutzungsbeschränkungen die am wenigsten weitgehende Einengung des wirtschaftlichen Freiheitsbereichs. Sofern es sich nicht um ein limitiertes Vorkaufsrecht handelt, ist der Stockwerkeigentümer im "Wann", "Wieviel" und "Mit wem" des Kaufvertrages frei. Seine Beschränkung besteht im wesentlichen darin, dass er den Verkauf der Einheit den anderen Gemeinschaftsmitgliedern mitzuteilen hat und allenfalls einer von diesen in die Rechts- und Pflichtenstellung des Käufers eintritt. Man wird deshalb beim Vorkaufsrecht meist nicht von einem erheblichen Eingriff in die freie Verfügungsmacht des Stockwerkeigentümers sprechen können[8].

Ob es sinnvoll ist, das Vorkaufsrecht einzuführen[9], lässt sich nicht allgemein feststellen; entscheidend sind die konkreten Umstände. So besteht die Möglichkeit, den Umfang des Vorkaufsrechts den individuellen Bedürfnissen anzupassen (z.B. Einschränkung der Vorkaufsfälle). Im übrigen dürften Beschränkungen dann um so weniger gerechtfertigt sein, je grösser die Gemeinschaft ist (das Verfahren kompliziert sich praktisch auch zusehends) und je schwächer der persönliche Bezug unter den Stockwerkeigentümern (mangelndes Interesse an einem Gemeinschaftsverband, dessen innere Struktur nicht durch fremde Elemente gefährdet werden soll) erscheint[10].

3 Der Randtitel von ZGB 712c spricht von Verfügung. Mit Ausnahme von Liver (SPR V/1, 94) geht die herrschende Lehre (Friedrich, § 47, N 19 f) meines Wissens aber davon aus, dass nur die Veräusserung und Einräumung von Nutzungsrechten, nicht aber die Verpfändung darunterfällt. Entgegen Liver ergibt sich auch die allgemeine Verfügungsmacht nicht aus ZGB 712c, sondern aus ZGB 712a.

4 Vgl. Friedrich, § 47, N 18, 21 ff, § 49, N 1.

5 Statt vieler: Bärmann/Pick, § 12, N 60; Weitnauer/Wirths, § 12, N 7.

6 BayObLG, 16.11.1972, NJW 1973, 152 f.

7 Das Vorkaufsrecht erscheint jedoch in diesem Fall nicht als Inhalt des Sondereigentums, sondern als Belastung des Miteigentumsanteils (vgl. Bärmann/Pick, Vor § 10, N 13 und dort zitierte, auch abweichende Literatur).

8 Es ist deshalb übertrieben, zu sagen, das Vorkaufsrecht beschränke die freie Verfügung über das Stockwerkeigentum (so aber Friedrich, ZBGR 1966, 345).

9 Allgemein misstrauisch Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 23 und ZSR 1966 I 174 f (Besprechung Friedrich, Reglement).

10 Vgl. auch Friedrich, ZBGR 1966, 345 f.

II Rechtsnatur

In Deutschland handelt es sich unzweifelhaft um ein rechtsgeschäftliches, nicht um ein gesetzliches Vorkaufsrecht[11].

Auch in der Schweiz ist der gesetzgeberische Wille dahingehend zu verstehen, dass die Beteiligten das Vorkaufsrecht vertraglich vorzusehen haben[12]. Für Begründung und Änderung gelten deshalb unbestritten die rechtsgeschäftlichen Regeln. Hingegen hat Friedrich versucht, eine inhaltliche Gleichstellung mit dem gesetzlichen Vorkaufsrecht zu konstruieren[13]. Abgesehen vom eindeutigen Widerspruch zur gesetzgeberischen Auffassung fehlt Friedrich und seinen Anhängern[14] eine überzeugende dogmatische Begründung für den doch etwas ungewöhnlichen Sprung von der vertraglichen Einführung zum gesetzlichen Inhalt[15]; überdies hätte der Gesetzgeber in jenem Fall nicht ausdrücklich die Vormerkung im Grundbuch vorzusehen brauchen[16] und müsste die Abänderung öffentlich beurkundet werden (ZGB 682 III). Die eigentliche Begründung der Konstruktion von Friedrich liegt denn auch darin, dass die Vormerkungsdauer nicht auf 10 Jahre beschränkt sein soll[17] und dass das Vorkaufsrecht auch in der Zwangsvollstreckung ausgeübt werden kann[18]. Gerade hinsichtlich des letzteren Falles hat der Gesetzgeber mit der Revision der VZG im Jahre 1975 aber seine Ansicht bestätigt: Gemäss VZG 73g III i.V.m. VZG 51 wird das Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer wie ein rechtsgeschäftliches in der Zwangsvollstreckung nicht als anwendbar erklärt. Damit bliebe als Basis für die Ansicht von Friedrich ohnehin nur noch die Vormerkungsdauer; es ist somit – gestützt auf den klaren gesetzgeberischen Willen – davon auszugehen, dass es sich um ein rechtsgeschäftliches Vorkaufsrecht handelt.

Nur anhangweise sei jedenfalls die Frage aufgeworfen, ob eine längere Vormerkungsdauer wirtschaftlich überhaupt sinnvoll ist. Die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist gegenüber der Miteigentümergemeinschaft viel stärker verselbständigt und vielfach – ausser in ganz kleinen Verhältnissen – weniger personenbezogen; es liesse sich deshalb durchaus argumentieren, eine Dis-

11 Hinsichtlich der Deutungsversuche des Vorkaufsrechts vgl. den eingehenden Überblick bei Klaus Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, Berlin 1975, 61 ff.

12 Ausdrücklich StenBull StR 1963, 217; nicht ganz klar Liver, Marxer, 188, der nur von rechtsgeschäftlicher Begründung spricht.

13 Friedrich, § 48, N 4 und ZBGR 1966, 346.

14 Meier-Hayoz, Art. 646, N 37; F. Schmid, 103; Doris Binz-Gehring, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975, 85; K. Müller stellt sogar in Art. 6 des Reglementes unbegründet die Parallelität zum Miteigentümer-Vorkaufsrecht her (S. 154).

15 Vgl. auch die eingehende Begründung der Ablehnung von Friedrich's Konstruktion bei Ottiker, 225 f.

16 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 682, N 37.

17 Friedrich, ZBGR 1966, 346; F. Schmid, 103; Karl Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bern 1975, Bd. II, 1253, Anm. 18 (ohne Begründung).

18 Eingehend dazu hinten § 33 V A 2. Bereits hier sei jedoch angeführt, zu welch stossenden Ergebnissen die Ansicht Friedrich's führen kann: Einerseits anerkennt er die Geltung des Stockwerkeigentümer-Vorkaufsrechts wegen des nach ihm gesetzlichen Inhalts in der Zwangsvollstreckung, anderseits darf es vertraglich limitiert ausgestaltet werden! Damit kumuliert er verschärfende Bestimmungen, die sich zuungunsten der Gläubiger des verschuldeten Stockwerkeigentümers auswirken (vgl. auch Ottiker, 227).

kussion über die Fortführung des dinglichen Eintrages des Vorkaufsrechts sei sachgerecht[19]. Würde diese Frage eindeutig verneint, müsste der Gesetzgeber – de lege ferenda – eine ausdrückliche, die zehnjährige Befristung überdauernde Regelung treffen.

III Begründung und Änderung

Das Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht ist entweder im Begründungsakt (einseitig oder mehrseitig) oder durch einen späteren einstimmigen Beschluss begründbar, wobei in diesem Fall die einfache Schriftlichkeit genügt[20]. Die Anforderung der Einstimmigkeit lässt sich vertraglich nicht erleichtern[21]. Soweit in diesem Verfahren ein allgemeines Vorkaufsrecht nicht zustande kommt, steht aber nichts im Wege, dass sich einzelne Beteiligte gegenseitig oder gegenüber Dritten auf vertraglicher Basis ein Vorkaufsrecht einräumen.

Im deutschen Recht erfolgt die Begründung des Vorkaufsrechts durch Vertrag zwischen dem (den) Berechtigten und dem (den) Verpflichteten.

Ebenso wie die Begründung ist die Abänderung des Vorkaufsrechts durch einstimmigen Beschluss möglich; die Einstimmigkeit, die vertraglich nicht zur Mehrheitsbeschlussfassung erleichtert werden kann, ist auch dann erforderlich, wenn die genauere Regelung im Reglement erfolgt, denn inhaltlich geht es nicht um eine Reglementsangelegenheit[22]. Haben nur einzelne Stockwerkeigentümer untereinander ein Vorkaufsrecht vereinbart, sind die Betroffenen ebenso zur Abänderung zuständig.

Mit der Begründung ist mit Vorteil die inhaltliche Gestaltung des Vorkaufsrechts festzulegen. Vertraglich lässt sich ein limitiertes oder illimitiertes Vorkaufsrecht vorsehen; die vertragliche Einführung eines limitierten Vorkaufsrechts ist aber kaum je zu empfehlen, weil es die Verfügungsfreiheit des Stockwerkeigentümers stark einschränkt und weil – je nach der Wirkungslänge – eine übermässige wirtschaftliche Bindung (ZGB 27) vorliegt[23]. Des weitern sind genauere Bestimmungen hinsichtlich der Ausübung vorzusehen (z.B. Dauer, Untergang). In grösseren Gemeinschaften oder wenn alle Stockwerkeigentümer das Vorkaufsrecht haben, drängen sich meist Vorschriften im Hinblick auf das formelle Vorgehen auf (z.B. Mitteilungspflicht an den Verwalter über den Verkauf, Ausübung des Gestaltungsrechts durch den einzelnen).

Das Vorkaufsrecht kann in der Schweiz im Grundbuch vorgemerkt werden; damit erhält es realobligatorischen Charakter (ZGB 959; GBV 71a)[24]. Durch die Vormerkung geht das Vorkaufsrecht den später errichteten dinglichen oder persön-

19 Friedrich (ZBGR 1966, 346) und F. Schmid (103) verfallen m.E. in eine zu einseitige Überbetonung der wechselseitigen Gebundenheit der Stockwerkeigentümer, die gerade umgekehrt wegen der Unauflöslichkeit der Gemeinschaft eine gewisse Flexibilität behalten sollten.

20 Meier-Hayoz, Art. 681, N 66; Friedrich, § 48, N 2 und ZBGR 1966, 347.

21 Friedrich, ZBGR 1966, 347.

22 Friedrich, ZBGR 1966, 347.

23 Zur Problematik des limitierten Vorkaufsrechts Friedrich, § 48, N 16 und ZBGR 1966, 347.

24 Das Vorkaufsrecht erhält dadurch "verstärkte Wirkung" (Arthur Meier-Hayoz, Vom Vorkaufsrecht, ZbJV 1956, 302).

lichen Rechten vor[25]. Ebenso ist der Eintrag nötig zur Wirkung gegenüber den Rechtsnachfolgern.

In Deutschland ist umstritten, ob ein Vorkaufsrecht der anderen Wohnungseigentümer als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden kann[26] oder nur als Belastung des Miteigentumsanteils[27]. M.E. ist davon auszugehen, dass grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit gilt; eine Einschränkung bedürfte einer erkennbaren gesetzlichen Regelung; diese lässt sich jedoch nicht in einer Analogie zum Erbbaurecht sehen, weil die Voraussetzungen dort unterschiedlich formuliert sind (ErbbRVO 2); ebenso sprechen keine durchschlagenden Zweckmässigkeitserwägungen für die Belastung[28]. Entgegen Weitnauer[29] geht es durchaus um das Verhältnis unter den Wohnungseigentümern (WEG 5 IV, 10), denn das Vorkaufsrecht richtet sich gegen den Verkauf einer Eigentumswohnung und damit gegen die Veränderung der Wohnungseigentümergemeinschaft, nicht gegen den Käufer.

IV Die Vorkaufsberechtigten

Im deutschen Recht sind diejenigen Wohnungseigentümer befugt, das Vorkaufsrecht auszuüben, denen der Anspruch vertraglich eingeräumt ist. Es muss sich dabei aber nicht um eine bestimmte, namentlich bezeichnete Person handeln, sondern es kann der jeweilige Eigentümer der betreffenden Eigentumswohnung sein (BGB 1094 I und II i.V.m. 1095).

Nach der Konzeption des schweizerischen Gesetzgebers wird durch ZGB 712c I ein Realvorkaufsrecht begründet, weil die zur Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigten Personen nicht namentlich bestimmt sind; den Anspruch geltend machen können also die jeweiligen Mitglieder der Stockwerkeigentümergemeinschaft, die bereits Inhaber einer Einheit sind (die Vorkaufsberechtigung ist subjektiv-dinglich mit dem zu Stockwerkeigentum ausgestalteten Miteigentumsanteil verknüpft). Ein Dritter kann somit nicht ein solches Vorkaufsrecht im Sinne von ZGB 712c I eingeräumt erhalten; hingegen ist es möglich, zugunsten des Dritten rechtsgeschäftlich ein Vorkaufsrecht zu begründen (entsprechend der Möglichkeit, welche die Stockwerkeigentümer untereinander haben, wenn eine Vereinbarung gemäss ZGB 712c I nicht zustande kommt).

Nach der Gesetzesfassung ist "der" Stockwerkeigentümer vorkaufsberechtigt; mithin steht allen Mitgliedern das Recht zu. Vertraglich lässt sich der Kreis der Berechtigten jedoch einschränken, z.B. auf einen einzelnen Stockwerkeigentümer oder auf die unmittelbaren Nachbarn (z.B. Bewohner der gleichen Etage) des Verkaufsbereiten[30]. Ist auch eine Erweiterung möglich? Die Einräumung des Vorkaufsrechts

25 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 681, N 54, 285 ff.
26 So Bärmann/Pick, § 12, N 62.
27 So OLG Celle, 7.4.1955, DNotZ 1955, 321 f mit zust. Anm. von Hermann Weitnauer (323 f).
28 Entgegen den Ausführungen des OLG Celle (Anm. 27) wird nicht die Verfügungsfreiheit als solche durch das Vorkaufsrecht betroffen, sondern die Partnerwahlfreiheit.
29 Weitnauer (Anm. 27), 323.
30 Friedrich, § 48, N 10; F. Schmid, 103.

an einen Dritten ist ausgeschlossen. Somit kommt nur die Gemeinschaft in Frage, wenn sie nicht ohnehin schon eine Stockwerkeinheit innehat. Die Zulässigkeit des Erwerbs lässt sich nicht mit der fehlenden Rechtsfähigkeit begründen[31]; vielmehr ist m.E. entscheidend, aus welchem Grund die Gemeinschaft das Vorkaufsrecht auszuüben gedenkt; wenn sie die Einheit für die Verwaltung im weiteren Sinne benötigt (z.B. Abwartwohnung), ist sie zum Erwerb berechtigt, weil dies noch im Rahmen der gemeinschaftlichen Interessenwahrung[32] liegt.

Umstritten ist, was passiert, wenn mehrere oder alle Stockwerkeigentümer das Vorkaufsrecht ausüben. Nach Friedrich[33] erwerben sie – analog zum gesetzlichen Vorkaufsrecht[34] – Miteigentum gemäss ihren Wertquoten. Dieser Ansicht kann kaum beigepflichtet werden: Einerseits handelt es sich beim Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer nicht um ein gesetzliches Vorkaufsrecht; anderseits ist davon auszugehen, dass mehrere Ansprecher Eigentum mangels anderslautender Abrede zu Gesamteigentum erwerben[35]; es wäre schliesslich auch nicht einzusehen, welche Parallelität die bisherige wertmässige Beteiligung am Grundstück zur neu erworbenen Einheit aufweisen würde. Die das Vorkaufsrecht Ausübenden haben auch die Möglichkeit, sich zu einer einfachen Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft zu verbinden.

Ist vertraglich vorgesehen, dass die Stockwerkeigentümer das Vorkaufsrecht gemeinsam auszuüben haben, erweist sich eine entsprechende Beschlussfassung als notwendig: Massgebend dürfte dabei die qualifizierte Mehrheit von ZGB 647b sein[36]. M.E. empfiehlt sich dieses vertragliche Vorgehen jedoch nicht[37], weil es wenig sinnvoll ist, wenn alle Stockwerkeigentümer (eingeschlossen die ablehnenden) eine Einheit erwerben (m.E. zu Gesamteigentum, ausser bei einer entsprechenden Miteigentumsabrede[38]), die wegen der internen Differenzen (die ablehnenden haben ihren Kostenanteil ebenfalls zu zahlen!) nur schwer genutzt und verwaltet werden kann.

31 So zu Unrecht Friedrich, § 48, N 11.

32 Weber, SJZ 1979, 117 ff; für das deutsche Recht vgl. BayObLG, 16.11.1972, NJW 1973, 152.

33 Friedrich, § 48, N 9.

34 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 682, N 79.

35 Vgl. auch Meier-Hayoz, Art. 646, N 17 und Art. 652, N 16.

36 So auch F. Schmid, 104; unverständlich ist, weshalb Friedrich (§ 48, N 12) die Bestimmung über die nützlichen baulichen Veränderungen der Liegenschaft (ZGB 647d) als anwendbar erklärt (materiell handelt es sich zwar um die gleiche qualifizierte Mehrheit wie bei ZGB 647b).

37 Anders offenbar Friedrich, § 48, N 13 und ZBGR 1966, 346 f; noch abwegiger ist es m.E., ein so erworbenes Stockwerk zu den gemeinschaftlichen Teilen zu schlagen (Friedrich, § 48, N 13), weil der erworbene gemeinschaftliche Teil einer speziellen Verwaltung bedürfte, ausser diese würde der Gemeinschaft übertragen. Die problematische Konzeption von Friedrich (§ 48, N 11–13) gründet wohl nicht zuletzt darauf, dass er der Gemeinschaft kein Vorkaufsrecht zubilligen will (N 11), auch wenn die neue Einheit Verwaltungszwecken dienen würde.

38 Vgl. vorne Anm. 35; a.A. Friedrich, § 48, N 9.

V Die Ausübung des Vorkaufsrechts

A Der Eintritt des Vorkaufsfalles

1. Bereits der Begriff Vorkaufsrecht deutet darauf hin, dass sich das Vorkaufsrecht im Falle eines Kaufvertrages aktualisiert. Welche rechtsgeschäftlichen Handlungen jedoch konkret noch als Kaufvertrag bezeichnet werden können, ist nicht leicht abzugrenzen. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtes[39] ist aber davon auszugehen, dass sich der Vorkaufsfall nicht allgemein und einheitlich auffassen lässt, sondern dass auf das Wesen, die Funktion und das Ziel des betreffenden, in Frage stehenden Vorkaufsrechts abgestellt werden muss[40]. Im Stockwerkeigentum stellt sich noch die besondere Problematik, dass der Gesetzgeber zwar kein gesetzliches Vorkaufsrecht wie im Miteigentum schaffen wollte, aber auch kein Konzept hinsichtlich der vertraglichen Ausgestaltung lieferte, weshalb verschiedene Autoren[41] der Gefahr der Parallelbehandlung zum Miteigentümervorkaufsrecht erlegen sind.

In der Folge wird die Eingrenzung negativ vorgenommen, indem Fälle ausgeschieden werden, die das Vorkaufsrecht nicht aufleben lassen. Als Arbeitshypothese dient dabei die Definition von Meier-Hayoz[42], wonach ein Vorkaufsfall in jedem Rechtsgeschäft liegt, das auf Umsetzung des belasteten Objektes gegen ein von jedermann erbringbares Entgelt gerichtet ist.

2. Die schweizerische Lehre bekennt sich – im Gegensatz zur deutschen – relativ offen zu einer wirtschaftlich-materiellen Betrachtungsweise (Umsetzung des belasteten Objekts gegen ein von jedermann erbringbares Entgelt)[43]. Dies hat den Vorteil, dass allfällige Umgehungsgeschäfte erfasst werden können; hingegen tritt der Gesichtspunkt der Interessengerechtigkeit in den Hintergrund. Deshalb ist m.E. noch eine zweite Betrachtungsweise miteinzubeziehen, indem beim Vorkaufsfall eine Verfügung über das belastete Objekt vorzuliegen hat, deren unmittelbarer Zweck genauso erfüllt wird, wenn statt des Dritten ein Mitberechtigter betroffen ist[44].

Gestützt auf diesen doppelten Bezug lässt sich folgende Eingrenzung vornehmen[45]:

– Kein Vorkaufsfall liegt vor, wenn der Dritte überhaupt keine Gegenleistung erbringt (z.B. Schenkung). Bei der gemischten Schenkung wird es im Einzelfall darauf ankommen, ob eine bewusste Ansetzung des Preises unter dem Wert

39 Bundesgericht, 20.12.1963, BGE 89 II 446.
40 Arthur Meier-Hayoz, Der Vorkaufsfall, ZBGR 1964, 264.
41 So etwa K. Müller, Art. 6 Abs. 1 seines Reglementes (S. 154); auch Friedrich mit seiner – eingehend kritisierten (vorne § 33 II) – Doppelkonstruktion von rechtsgeschäftlicher Begründung und gesetzlichem Inhalt.
42 Meier-Hayoz (Anm. 40), 270.
43 Vgl. Meier-Hayoz (Anm. 40), 267.
44 Schurig (Anm. 11), 134.
45 Dazu etwa Meier-Hayoz, Art. 681, N 159 ff; ders. (Anm. 40), 267 ff; ders. (Anm. 24), 334 f; Palandt/Putzo, § 504, N 2; Palandt/Bassenge, § 1097, N 1b; Soergel/Ballerstedt, § 504, N 3; Soergel/Baur, § 1097, N 3; Staudinger/Ostler, Vor § 504, N 9 und § 504, N 4; Staudinger/Dittmann, § 1097, N 1; Westermann, 624; Bärmann/Pick, § 12, N 61; Schurig (Anm. 11), 130 ff. Für die Rechtsprechung vgl. die umfangreichen Angaben in der erwähnten Literatur.

beabsichtigt ist oder ob sie zur Tarnung (allenfalls sogar mit verdeckten Gegenleistungen) vorgenommen wird, um das Vorkaufsrecht zu umgehen.

– Das Vorkaufsrecht lebt dann nicht auf, wenn der Berechtigte (im Gegensatz zum Dritten) überhaupt nicht in der Lage ist, die im Vertrag festgesetzte Gegenleistung zu erbringen:
  = Leibrentenvertrag;
  = Verpfründungsvertrag;
  = Einbringen des Miteigentumsanteils in eine Gesellschaft[46].
– Hauptanwendungsgebiet des Ausschlusses des Vorkaufsrechts ist das Fehlen eines Vertrages; der Vertragsabschluss ist auslösendes Moment für den Vorkaufsfall[47,48]. Im einzelnen sind zu dieser Gruppe zu rechnen:
  = Enteignung oder enteignungsähnliche Tatbestände;
  = Zusprechung durch richterliches Urteil; dasselbe muss auch – trotz des teilweise vertraglichen Charakters – für einen gerichtlichen Vergleich gelten;
  = Errichtung einer Stiftung;
  = Erbgang und Erbteilung; erfasst wird ebenso der Verkauf an einen Erben oder Ehegatten im Hinblick auf den Erbgang (Kindskauf);
  = Universalsukzession aus einem anderen Grund (z.B. Fusion zweier Gesellschaften);
  = Zuweisung im Rahmen der Aufhebung einer Personenvereinigung;
  = "Verkauf" einer Gesellschafterstellung (z.B. Mitglied einer Kollektivgesellschaft), wobei der eintretende Gesellschafter Inhaber einer Stockwerkeinheit wird; hingegen unterliegt der Verkauf einer Gesellschaft, deren einziges Aktivum ein Miteigentumsanteil ist, m.E. dem Vorkaufsrecht.
  = Besondere Probleme bietet die Zwangsvollstreckung: Für das schweizerische Recht sind die Fragen seit der Revision der VZG von 1975 insoweit geklärt[49], als gemäss VZG 73g III i.V.m. 51 I das Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer in der Zwangsvollstreckung ausdrücklich nicht ausgeübt werden kann. Dazu gehört auch der freihändige Verkauf durch die Vollstreckungsorgane oder der Freihandverkauf im Rahmen einer Pfandverwertung[50,51]. Demgegenüber ist in Deutschland die Ausübung des Vorkaufsrechts in gewissen Fällen auch bei der Zwangsvollstreckung zulässig, z.B. beim Verkauf durch den Konkursverwalter (BGB 1098 I 2), bei der Zwangsversteigerung auf Antrag der Erben und zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft, nicht aber bei der Zwangsvollstreckung aus Zahlungstitel[52]. Erstaunlicherweise ist bisher die Frage, ob statt dieser allgemeinen Lehren

46 Hingegen liegt wirtschaftlich ein Vorkaufsfall vor, wenn der Vorkaufsbelastete den Miteigentumsanteil auf einen anderen Gesellschafter überträgt mit der Verpflichtung, diesen für die Gesellschaft zu verwenden (Meier-Hayoz, Art. 681, N 160).

47 Zur zeitlichen Komponente der Ausübung des Vorkaufsrechts Meier-Hayoz, Art. 681, N 176 ff.

48 Meier-Hayoz, Art. 681, N 161 verwendet nicht den Begriff "Vertrag", sondern den "freien Willen des Verpflichteten" (zu dieser Diskrepanz vgl. nachfolgend Ziff. 4 a.E.).

49 Vgl. auch die Bemerkungen im Rahmen der Diskussion der Rechtsnatur des Vorkaufsrechts (vorne II).

50 Meier-Hayoz, Art. 681, N 164; Bundesgericht, 17.9.1963, SemJud 1964, 396 f.

51 Zur Problemstellung nochmals nachfolgend Ziff. 4.

52 Soergel/Baur, § 1097, N 3; Bärmann/Pick, § 12, N 61.

nicht WEG 12 III 2 analog anzuwenden sei, nicht gestellt worden: Wenn schon für den Fall der Zustimmung zur Veräusserung die Zwangsvollstreckung einem Kaufvertrag gleichgestellt wird, müsste dies m.E. aus denselben Erwägungen auch für das Vorkaufsrecht gelten[53].

– Einen Sonderfall stellt der Tausch dar; grundsätzlich wird davon ausgegangen, es handle sich nicht um einen Vorkaufsfall, sogar bei Vorliegen einer Baraufzahlung[54]. Dasselbe wird für den sog. "Ringtausch" angenommen[55]. Hingegen muss sich das Vorkaufsrecht aktualisieren, wenn nicht ein eigentlicher Tausch, sondern ein doppelter Kauf (allenfalls mit Kompensation) gegeben ist[56] oder wenn es nicht um die Erlangung des Tauschobjektes, sondern vorwiegend um die Erlangung eines Geldwertes geht[57].

Allgemein gilt, dass bei den erwähnten rechtlichen Vorgängen das Vorkaufsrecht dann dennoch auflebt, wenn die entsprechende Rechtsform lediglich deshalb gewählt wurde, um vermeintlich das Vorkaufsrecht zu umgehen. Der Umgehungsversuch zeichnet sich also dadurch aus, ein "an sich" einen Vorkaufsfall bildendes Geschäft in einer solchen rechtlichen Gestalt erscheinen zu lassen, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen erscheint[58]. Entscheidend ist dabei der angestrebte wirtschaftliche Erfolg bzw. der beabsichtigte Zweck des Rechtsgeschäftes (nicht etwa die allfällige Sittenwidrigkeit des Verhaltens bzw. Vorgehens[59]). Hat der Erwerber nicht an der Tauschsache selber ein Interesse, sondern lediglich ein solches an ihr als Wertträger, handelt es sich um ein das Vorkaufsrecht nicht zum Ruhen bringendes Umgehungsgeschäft. Die konkrete interessengerechte Wertabwägung liegt dabei im Ermessen des Richters.

3. Aus der negativen Umschreibung der Vorkaufsfälle ergeben sich nun auch die positiven Beispiele:

– Hauptfall für die Ausübung eines Vorkaufsrechts ist der Kaufvertrag; ein Vorkaufsfall liegt ebenso vor bei einem suspensiv oder resolutiv bedingten Kaufvertrag oder bei einem Kauf unter Rücktrittsvorbehalt[60]. Wird nur ein Teil des

53 Wenn die Gemeinschaft dem höchsten Ersteigerer zu Recht den Erwerb der Eigentumswohnung untersagen kann, muss, falls die notwendigen administrativen Vorkehren getroffen worden sind, der am zweitmeisten bietende Interessent, sofern er der Gemeinschaft genehm ist, zum Zuge kommen. Der Veräusserer erleidet also einen Verlust. Demgegenüber bleibt der Kaufpreis (jedenfalls beim illimitierten Vorkaufsrecht) der gleiche: Es bestünde höchstens das Risiko, dass weniger hoch geboten würde, weil die Ausübung des Vorkaufsrechts ungewiss wäre. Immerhin dürfte diese "Gefahr" nicht so erheblich sein (auch im Vergleich zur "Gefahr" der Nichtzustimmung), dass die parallele Behandlung ausgeschlossen erscheint (wenn zwar nicht zu verkennen ist, dass der Zustimmungsvorbehalt in der Zwangsvollstrekkung auf Kritik gestossen ist; vgl. hinten § 34 III 1).

54 BGH, 11.12.1963, NJW 1964, 540 f.

55 BGH, 27.10.1967, NJW 1968, 104 f; ein "Ringtausch" liegt dann vor, wenn X einen Miteigentumsanteil an Y verkauft, den Vertrag aber davon abhängig macht, dass Z, der dem Y Geld schuldet, einen anderen Miteigentumsanteil an ihn verkauft.

56 Meier-Hayoz, Art. 681, N 172.

57 Schurig (Anm. 11), 134 f.

58 Schurig (Anm. 11), 157.

59 Mit dem Begriff der Sittenwidrigkeit operiert der BGH (11.12.1963, NJW 1964, 540 f) und ihm folgend die Mehrheit der Literatur (Staudinger/Dittmann, § 1097, N 7; Palandt/Bassenge, § 1097, N 1b und dort zitierte Literatur).

60 Schurig (Anm. 11), 139 ff; vgl. auch Meier-Hayoz, Art. 681, N 144 ff.

Objektes verkauft, gilt nach den allgemeinen Lehren das Vorkaufsrecht für diesen Teil[61]. Die Problematik beim Stockwerkeigentum tritt aber dann ein, wenn der Veräusserer einen abschliessbaren Teil seiner Eigentumswohnung einem Mitgemeinschafter verkauft, weil die gesetzgeberische Begründung des Vorkaufsrechts, wonach unbekannte Dritte am Eindringen in die Gemeinschaft gehindert werden dürfen, bei einem Mitgemeinschafter entfällt; dennoch lässt sich m.E. ein Ruhen des Vorkaufsrechts nicht rechtfertigen, weil es für den Mitgemeinschafter nicht unzumutbar ist, wie ein Dritter das Risiko einzugehen, dass andere Mitgemeinschafter das Vorkaufsrecht ausüben, dessen Bestehen er im übrigen ursprünglich auch zugestimmt hat; zudem schützt das Vorkaufsrecht nicht nur vor neuen Gemeinschaftern, sondern auch vor dem Überhandnehmen eines bisherigen Mitgliedes; eine vertraglich abweichende Regelung ist jedoch möglich.

- Einen Vorkaufsfall stellen auch der Abschluss eines Kaufvorvertrages[62] und die Begründung eines Kaufrechts sowie jedenfalls die Ausübung des Kaufrechts dar[63].
- Das Vorkaufsrecht aktualisiert sich weiter bei einer Erfüllung an Zahlungs Statt[64].
- Schliesslich ist das Vorkaufsrecht gegeben bei der freiwilligen Steigerung: In Betracht kommen dabei nicht nur die private Versteigerung, sondern ebenso die freiwillige öffentliche Versteigerung im Sinne von OR 229 ff[65] und die Versteigerung nach WEG 53 ff.

4. Inwieweit können die Vorkaufsfälle vertraglich anders umschrieben werden?

Gegen eine Einschränkung der Gründe bestehen keine Bedenken; in Deutschland hat die entsprechende Regelung im Vorkaufsvertrag, in der Schweiz im Begründungsakt oder im Reglement (aber durch einstimmigen Beschluss) zu erfolgen. Denkbar sind etwa:

- Ausschluss des Vorkaufsrechts in bestimmten Fällen (z.B. Verkauf an Verwandte, Verschwägerte oder bisherige Gemeinschafter[66]);
- Ausschluss des Vorkaufsrechts bei einer freiwilligen Versteigerung (z.B. nach WEG 53 ff im Anschluss an ein Ausschliessungsurteil);
- Beschränkung in der zeitlichen Dauer oder Beschränkung auf den ersten Vorkaufsfall;
- Beschränkung auf diejenigen Kaufverträge, bei denen spezielle Voraussetzungen erfüllt sind (z.B. Verkauf an Ausländer).

Problematisch ist eine Erweiterung der Vorkaufsfälle. Wenn sich eine vermeintlich entsprechende vertragliche Regelung z.B. auch auf Erbfolge, Universalsukzession, Schenkung usw. beziehen wollte, handelt es sich inhaltlich entweder um ein Kauf-

61 Meier-Hayoz, Art. 681, N 149.
62 Meier-Hayoz (Anm. 40), 275 f.
63 Nach Auffassung des Bundesgerichtes (22.12.1959, BGE 85 II 578) kann das Vorkaufsrecht erst bei der Ausübung des Kaufsrechts ausgeübt werden; dieser Ansicht sind jedoch – m.E. zutreffend – Liver in seiner Besprechung des Entscheides (ZbJV 1960, 424 ff) und Meier-Hayoz (Anm. 40), 276 ff entgegengetreten.
64 Schurig (Anm. 11), 136.
65 Meier-Hayoz, Art. 681, N 158.
66 Friedrich, § 48, N 6; F. Schmid, 104.

recht[67] (Erbfolge) oder verstösst gegen das Wesen des Vorkaufsrechts, das die Umsetzung des belasteten Objekts gegen Entgelt voraussetzt. Wollen die Stockwerkeigentümer ein Kaufrecht vereinbaren, so können sie dies zwar tun, doch nicht gestützt auf ZGB 712c I, sondern nur nach den allgemeinen Bestimmungen (ZGB 683; OR 216 II).

Dennoch wäre es wohl übertrieben, allgemein davon auszugehen, eine Erweiterungsmöglichkeit sei ausgeschlossen[68]. Die Problemlage sei am Beispiel der – umstrittenen – Zwangsvollstreckung im folgenden kurz umrissen. Die gesetzliche Grundlage in der Schweiz ist klar: Gestützt auf VZG 73g III i.V.m. VZG 51 I stellt die Zwangsvollstreckung hinsichtlich des Stockwerkeigentümer-Vorkaufsrechts keinen Vorkaufsfall dar; die frühere entgegenstehende Lehre ist überholt[69]. Dennoch kann man sich fragen, ob es möglich ist, die Aktualisierung des Vorkaufsrechts in der Zwangsvollstreckung vertraglich vorzusehen. Entscheidend ist dabei, ob VZG 51 I dispositiver oder zwingender Natur ist. Grundsätzlich spricht die Vermutung im Betreibungsrecht für den zwingenden Charakter der Normen[70]; es müssten also überzeugende Argumente dafür gefunden werden, weshalb von der gesetzlichen Anordnung abgewichen werden könnte. Die Diskussion dieser Frage ist deshalb relativ schwierig und bis zu einem gewissen Grade auch neuartig, weil Friedrich und die ihm folgenden Autoren die Doppelbezogenheit von rechtsgeschäftlicher Begründung und gesetzlichem Inhalt konstruierten, nicht zuletzt, um die Geltung des Vorkaufsrechts in der Zwangsvollstreckung zu erreichen[71]. Aus diesem Bemühen liesse sich zwar allenfalls der Schluss ziehen, ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung sei materiell gerechtfertigt.

Der Gesetzgeber scheint an den Fall der vertraglichen Ausdehnung des Vorkaufsrechts nicht gedacht zu haben. Dies ist insoweit verständlich, als private Gestaltungsmöglichkeiten dem Zwangsvollstreckungsverfahren – mit Ausnahmen – fremd sind, erstaunt jedoch insoweit, als man – angesichts der Doppelrechtsnatur-Konstruktion von Friedrich – mit der Frage der Abdingbarkeit eigentlich hätte rechnen müssen. Die apodiktische Gesetzesfassung lässt m.E. diesbezüglich jedenfalls noch keinen Schluss zu. Es ist deshalb auf dem Wege der Lückenfüllung der mögliche gesetzgeberische Wille zu ergründen.

Beachtet man die tieferliegende Begründung des Vorkaufsrechts überhaupt, die auch dazu geführt hat, dass die gewöhnlichen Miteigentümer das Vorkaufsrecht in der Zwangsvollstreckung ausüben können (VZG 60a), so handelt es sich eigentlich um einen Bestandesschutz: Die Beteiligten haben die Macht, zu verhindern, dass neue (fremde) Elemente in die Gemeinschaft eintreten. Angesichts dieser Interessenlage hat sich also der Gesetzgeber beim Miteigentum entschieden, einen an sich systemwidrigen Einbruch in das Zwangsvollstreckungsverfahren zuzulassen. Sollen die Gewichtung und Wertabwägung im Stockwerkeigentum gleich ausfallen? Die Frage lässt sich nicht eindeutig beantworten, weil es an einer "typischen" Stock-

67 Friedrich, § 48, N 7.
68 So aber Friedrich, § 48, N 7.
69 Vorne II; in diesem Sinne bereits Amonn, 8 f.
70 Vgl. Max Guldener, Über dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischem Betreibungsrecht, ZSR 1946 I 192.
71 Vorne II.

werkeigentümergemeinschaft fehlt[72]. Immerhin sind einige strukturelle Unterschiede nicht zu verkennen:

- Die Stockwerkeinheiten sind stärker verselbständigt als die gewöhnlichen Miteigentumsanteile und deshalb als Objekte des Rechtsverkehrs eher geeignet; sie zeichnen sich also durch eine erhöhte Verkehrsfähigkeit aus.
- Sonderrechte lassen sich nur dann ausscheiden, wenn die Räume in sich abgeschlossen sind und einen eigenen Zugang aufweisen; im eigentlichen Lebensbereich sind deshalb die Stockwerkeigentümer auch baulich stärker voneinander getrennt als die Miteigentümer (und damit auch weniger aufeinander angewiesen).
- Auf Grund der gesetzlichen Ausgestaltung sind Stockwerkeigentümergemeinschaften grösser konzipierbar; die Miteigentümergemeinschaften sind – aus praktischen Überlegungen – beschränkt, weil sie sich andernfalls kaum mehr "organisieren" lassen.

Alle diese Faktoren bringen es mit sich, dass das persönliche Verhältnis unter den Stockwerkeigentümern schwächer erscheint als unter den Miteigentümern[73]. Damit ist aber auch die Berechtigung einer besonderen Bestandesschutz-Vorschrift in Frage gestellt.

Dem – verringerten – Interesse am Schutz vor dem Eintritt neuer (fremder) Gemeinschafter fügen sich noch weitere Argumente an, die gegen eine Ausdehnung des Vorkaufsrechts auf die Zwangsvollstreckung sprechen:

- Die apodiktische Gesetzesfassung könnte den Schluss aufkommen lassen, der Gesetzgeber habe die Ausübung von Vorkaufsrechten der Stockwerkeigentümer im Zwangsvollstreckungsverfahren ein für allemal ausschliessen wollen, und zwar – neben dem Schutz des Gläubigers und des Betriebenen – auch im Interesse an einem klaren Ablauf des Verfahrens.
- Die Möglichkeit der Ausübung eines Vorkaufsrechts bewirkt unter Umständen tiefere Angebote, was angesichts der Verkehrsfähigkeit (und Belastbarkeit) der Stockwerkeinheit problematisch ist; insbesondere ergeben sich unter Umständen Folgen für die Hypothekar- und anderen Gläubiger.

Gesamthaft betrachtet erscheint deshalb die Rechtsbeständigkeit einer Vereinbarung, wonach das Vorkaufsrecht im Zwangsvollstreckungsverfahren gegeben ist, als ungesichert, weil mit nicht geringer Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen wäre, dass eine solche Bestimmung von den Gerichten nicht geschützt würde[74]. Immerhin wäre aber zu bedenken, ob sich in dieser Frage nicht eine nach der Grösse und Zweckbestimmung der Stockwerkeigentümergemeinschaft differenzierte Rechtsprechung entwickeln liesse, wonach in Verhältnissen, die sehr persönlichkeitsbezogen sind, die Ausübung eines Vorkaufsrechts in der Zwangsvollstreckung mög-

72 Es lässt sich zwar nicht übersehen, dass der schweizerische Gesetzgeber wohl vornehmlich kleinere Gemeinschaften vor Augen hatte, z.B. die Beteiligten einer Erbengemeinschaft, die das väterliche Haus aufteilen möchten (vgl. den besonderen Vermerk von Liver, SPR V/1, 88).

73 In diesem Sinne auch Liver, Marxer, 187 f.

74 Das Gesagte gilt cum grano salis auch für das deutsche Recht, wobei zu beachten ist, dass das Vorkaufsrecht in gewissen Vollstreckungsarten ohnehin schon gesetzlich ausgeübt werden kann (vorne § 33 V A 2).

lich wäre, während in anderen Situationen das Bestandesschutz-Anliegen der einzelnen in der Interessenabwägung als weniger gewichtig bewertet werden könnte.

Des weitern wäre es unter Umständen auch denkbar, für den Fall eines freihändigen Verkaufs durch den Konkursverwalter im Konkursverfahren (SchKG 256)[75] oder durch den Liquidator im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (SchKG 316i) die Möglichkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts vorzusehen. In einem solchen Fall erscheinen nämlich gewisse Bedenken, die gegen das Vorkaufsrecht sprechen, geringer: Der Ablauf des Verfahrens wird nicht gestört und die Interessen des Betriebenen sowie allfälliger Gläubiger lassen sich berücksichtigen, weil der Vertragsabschluss nicht mit dem ersten möglichen Interessenten vorgenommen zu werden braucht (sofern der Verkauf nicht sehr dringend ist). Eine solche – zwar ebenfalls nicht völlig unproblematische – Erweiterung des Vorkaufsrechts würde jedoch dazu zwingen, weniger auf den freien Willen des Verpflichteten[76] als auf die Tatsache eines organisch zustande gekommenen Vertragsabschlusses abzustellen[77].

B Die Durchsetzung des Vorkaufsanspruches

Hinsichtlich des Verfahrens für die Ausübung des Vorkaufsrechts sieht das Gesetz nur vor, dass es binnen Ablauf eines Monats, nachdem der Berechtigte vom Verkauf Kenntnis erhalten hat, erlischt (ZGB 681 III; im deutschen Recht sind es gemäss BGB 510 II zwei Monate). Der Veräusserer ist verpflichtet, das den Vorkaufsfall auslösende Rechtsgeschäft sofort bekanntzumachen (vgl. BGB 510 I). Das konkrete Vorgehen wird dabei je nach der Grösse der Stockwerkeigentümergemeinschaft verschieden sein. Eine vertragliche Regelung drängt sich deshalb auf. Dabei wird es sich, jedenfalls in grösseren Gemeinschaften, als sinnvoll erweisen, den Veräusserer nur zur Mitteilung an den Verwalter anzuhalten und hierauf diesen zu verpflichten, den Vorkaufsfall allen Berechtigten mitzuteilen und, sofern ein Versammlungsbeschluss notwendig ist, eine solche einzuberufen[78].

Bei der Ausübungsfrist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die nicht verlängert werden kann. Hingegen erscheint eine Verkürzung als zulässig[79], sofern dies übereinstimmend vereinbart wird (die Minimalfrist schützt nur die Vorkaufsberechtigten, nicht auch den Dritten) und sofern Gewähr gegeben ist, dass dem einzelnen noch eine massvolle Überlegungszeit verbleibt.

75 Hans Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Zürich 1967/68, Bd. II, 163. Ein Freihandverkauf bei der Pfandverwertung von Grundstücken und Miteigentumsanteilen ist nicht möglich (Fritzsche, Bd. I, 298). Daraus ergibt sich, dass diese Fälle einer allenfalls möglichen Ausdehnung des Vorkaufsrechts eher selten sein dürften (z.B. Insolvenzerklärung eines einzelnen, Stockwerkeinheit einer Firma oder eines einzelnen im Zusammenhang mit dem Konkurs seiner Einzelfirma).

76 So Meier-Hayoz, Art. 681, N 161.

77 Vgl. auch vorne § 33 V A 2.

78 Friedrich, § 48, N 17.

79 So auch Friedrich, § 48, N 17 a.E.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch eine anspruchsbegründende Gestaltungserklärung[80]. Mit ihr tritt der Stockwerkeigentümer in den mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrag ein; er hat nicht nur den Kaufpreis, sondern auch die übrigen vereinbarten Bedingungen gegen sich gelten zu lassen (ZGB 681 I; BGB 1098 I i.V.m. BGB 505 II)[81]. Ist ein limitiertes Vorkaufsrecht vereinbart worden, gelten die entsprechenden Vertragsbestimmungen[82].

Hinsichtlich des Unterganges des Vorkaufsrechts sind die zum rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht entwickelten Grundsätze anwendbar[83].

§ 34 Das Einspracherecht gegen die Veräusserung

I Wesen und Funktion

1. Weil die Stockwerkeigentümergemeinschaft auf einen dauernden Bestand hin konzipiert ist, haben die Beteiligten oft ein Interesse daran, ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der künftigen Stockwerkeigentümer wahrzunehmen. Das Ziel ist dabei, untragbare Hausgenossen von der Gemeinschaft fernzuhalten[1]. Der Gesetzgeber hat aber zu Recht keine gesetzliche Zustimmungsverpflichtung der übrigen Stockwerkeigentümer hinsichtlich des Verkaufs einer Einheit vorgesehen, weil dadurch der wirtschaftliche Wohnungsmarkt zu stark eingeschränkt würde[2]. Die Zustimmung soll nur dann möglich sein, wenn ethische, soziale oder wirtschaftliche Gründe dies rechtfertigen. Es ist nämlich nicht zu übersehen, dass Veräusserungsbeschränkungen einen erheblichen Eingriff in die Verfügungsfreiheit darstellen und zumindest eine Verzögerung eines Verkaufes bewirken.

In der gesetzlichen Konkretisierung sind das schweizerische und das deutsche Recht verschiedene Wege gegangen: Während es nach ZGB 712c II einer gültig zustande gekommenen Einsprache bedarf, um den Verkauf zu verhindern (die Stockwerkeigentümer müssen also selber tätig werden), ist gemäss WEG 12 die vertragliche Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehaltes möglich.

2. Das schweizerische Recht sieht in ZGB 712c II vor, dass die Veräusserung eines Stockwerkes "in gleicher Weise" wie das Vorkaufsrecht – bei einer entsprechenden vertraglichen Regelung – von einer Einsprache abhängig gemacht werden kann. Die Einsprache ist aber formell nur gültig, wenn ein diesbezüglicher Versammlungsbeschluss innert Frist (14 Tage) zustande kommt, der überdies materiell auf einem wichtigen Grund beruhen muss; im Gegensatz zum Vorkaufsrecht steht also das Einspracherecht nicht dem einzelnen zu.

Die konkrete rechtliche Ausgestaltung des Einspracherechts ist wenig geklärt. Aus den Materialien[3] lassen sich kaum wesentliche Schlüsse ziehen; im Gesetzes-

80 Meier-Hayoz, Art. 681, N 224.
81 Vgl. allgemein Meier-Hayoz, Art. 681, N 236 ff und ders. (Anm. 40), 280.
82 Zur Problematik des limitierten Vorkaufsrechts vorne § 33 III.
83 Dazu Meier-Hayoz, Art. 681, N 294 ff.
1 Liver, SPR V/1, 96; vgl. auch Flattet, 1966, 17.
2 Bärmann/Pick, § 12, N 2.
3 BBl 1962 II 1514; StenBull NR 1963, 219 f, 530; StenBull StR 1963, 216 f, 284.

wortlaut selber ist das Einspracherecht nur mangelhaft geregelt. Der Verweis auf das Vorkaufsrecht trägt deshalb wenig zur Klärung bei, weil dieses (nicht nur, was die berechtigten Ansprecher betrifft) von seinem Wesen her strukturell eine selbständige Bedeutung hat. Gerade hinsichtlich der einsprachefähigen Rechtsgeschäfte wird hinterfragt werden müssen, inwieweit eine parallele Behandlung sachgerecht ist. Im Gesetz fehlen im weitern auch genauere Hinweise auf das Verfahren bei der Ausübung des Einspracherechts. Um Streitigkeiten zu vermeiden, wird es sich deshalb meistens empfehlen, eine nähere vertragliche Ausgestaltung und Konkretisierung vorzunehmen.

3. Das deutsche Recht regelt die Veräusserungsbeschränkungen in WEG 12. Nach Abs. 1 kann die "Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten" vorbehalten werden[4]; es brauchen somit nicht alle Wohnungseigentümer oder sogar – im Falle des Dritten – überhaupt keiner berechtigt zu sein. Wie im schweizerischen Recht ZGB 712c II ist WEG 12 eine Kann-Vorschrift; das "Ob" und "Wie" der Zustimmungsbedürftigkeit bestimmen die Wohnungseigentümer im Rahmen der gesetzlichen Regelung (z.B. Vorliegen eines wichtigen Grundes).

Allgemein wird in der Lehre davon ausgegangen, WEG 12 durchbreche BGB 137[5]; es ist aber zu beachten, dass vertraglich, gestützt auf WEG 12, nicht ein Veräusserungsverbot statuiert wird, sondern die freie Veräusserung lediglich für den Fall eingeschränkt wird, dass ein wichtiger Grund gegen den möglichen Erwerber spricht.

4. Von der Möglichkeit, das Einspracherecht einzuführen, wird in der Praxis häufig Gebrauch gemacht; in drei Vierteln der Gemeinschaftsordnungen finden sich entsprechende Bestimmungen[6]. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Bestehen des Einspracherechtes auch kontraproduktive Wirkungen haben kann: Das Einspracheverfahren ist relativ kompliziert und ruft unter Umständen in der Frage des wichtigen Grundes Meinungsverschiedenheiten hervor, die dem gemeinsamen Zusammenleben abträglich sind[7]. Zudem kann die Einsprache schon dadurch eine erhebliche Beeinträchtigung des freien Verfügungsrechts darstellen, dass der Betroffene – trotz seiner alleineigentümerähnlichen Stellung – den Mitberechtigten allfällige Verkaufspläne frühzeitig offenbaren muss[8]. Insbesondere in grösseren Stockwerkeigentümergemeinschaften lässt sich fragen, ob es sinnvoll ist, dass andere, personell nur schwach berührte Gemeinschafter bei jeder Handänderung eine Einsprache erheben dürfen[9], gerade auch angesichts der Umtriebe, welche durch die Einberufung einer Versammlung allenfalls verursacht werden.

4 Trotz der unterschiedlichen Ausgestaltung wird im folgenden die schweizerische Terminologie des Einspracherechts verwendet; der Zustimmungsvorbehalt kommt dort besonders zur Sprache, wo damit eine eigene rechtliche Ausgestaltung verbunden ist.

5 Bärmann/Pick, § 12, N 8; Weitnauer/Wirths, § 12, N 1; Palandt/Bassenge, § 12, N 1; Soergel/Baur, § 12, N 1; Staudinger/Ring, § 12, N 1; Bopp, 118.

6 So Bopp, 118 für die Stadt Karlsruhe.

7 Vgl. Friedrich, ZBGR 1966, 345 und F. Schmid, 105 f; Friedrich äussert zudem die Befürchtung, die Zustimmung an der Versammlung könnte abgekauft werden.

8 Friedrich, § 49, N 2.

9 Bedenken sind offenbar auch in der Vernehmlassung zur Vorlage an den Bundesrat erhoben worden (BBl 1962 II 1514).

II Begründung und Änderung

Für die Begründung und Änderung des Einspracherechts gelten im schweizerischen Recht dieselben Grundsätze wie für das Vorkaufsrecht: Es bedarf also eines einstimmigen Beschlusses, wenn das Einspracherecht nicht bereits im Begründungsakt verankert ist[10]. Für den einstimmigen Abänderungsbeschluss genügt die einfache Schriftlichkeit (keine öffentliche Beurkundung). Mit der Begründung empfiehlt sich zugleich eine Regelung des Inhalts und des Verfahrens des Einspracherechts.

In Deutschland kann der Zustimmungsvorbehalt ebenfalls nur durch Vereinbarung eingeführt werden (WEG 12 I).

Damit das Einkaufsrecht realobligatorischen Charakter erhält, ist es im Grundbuch vorzumerken[11]. Zur dinglichen Wirkung bedarf auch der Zustimmungsvorbehalt in Deutschland der Eintragung im Grundbuch[12]; hingegen besteht m.E. die schuldrechtliche Wirkung der Vereinbarung unabhängig vom Eintrag[13].

III Einsprachefähige Rechtsgeschäfte

1. ZGB 712c II und WEG 12 I verwenden übereinstimmend den Begriff "Veräusserung"[14]. Was genau darunter zu verstehen ist, wird in der deutschen Lehre nicht erörtert[15]; in der Schweiz drängt sich auf den ersten Blick die Parallelbehandlung zum Vorkaufsrecht auf ("in gleicher Weise"); die voreilige Gleichsetzung – der möglicherweise auch der Gesetzgeber verfallen ist – erscheint jedoch m.E. nicht sachgerecht. Als Vorkaufsfälle sind bezeichnet worden[16]:

- Kaufvertrag;
- Kaufvorvertrag, Begründung bzw. Ausübung eines Kaufrechts;
- Hingabe an Zahlungs Statt;
- private Steigerung.

Diese erwähnten Fälle müssen auch zur Einsprache berechtigen: Der Veräusserer geht freiwillig eine vertragliche Bindung ein und erhält für das mit dem Einspracherecht belastete Objekt vom gewählten Dritten ein Entgelt[17]. Erfasst wird auch ein Kaufvertrag mit einem schon bisherigen Stockwerkeigentümer (keine Sonderbehandlung); fragen kann sich dabei aber, ob ein wichtiger Grund vorliege[18].

10 Vorne § 33 III.
11 Vorne § 33 III.
12 Bärmann/Pick, § 12, N 16; Weitnauer/Wirths, § 12, N 4a.
13 So auch Bärmann/Pick, § 12, N 16; Palandt/Bassenge, § 12, N 2; a.A. Weitnauer/Wirths, § 12, N 3.
14 Das Einspracherecht hinsichtlich der Nutzungsbeschränkungen ist vorne § 13 III dargestellt worden.
15 So ergibt sich z.B. aus den Kommentaren (Bärmann/Pick; Weitnauer/Wirths) nicht, ob auch der Tausch und die Schenkung eine Veräusserung darstellen.
16 Vorne § 33 V A.
17 Das vorne § 33 V A 2 zum Kaufvorvertrag und zur Begründung des Kaufsrechts Gesagte gilt entsprechend auch für das Einspracherecht.
18 Diese – meines Wissens in der Schweiz noch nicht behandelte – Frage ist in Deutschland sehr umstritten; es ist m.E. aber ungenau, wenn, vorbehältlich einer anderslautenden vertrag-

Ist damit der Kreis der Rechtsgeschäfte abgegrenzt? M.E. ist die Frage zu verneinen. Im Gegensatz zum Vorkaufsrecht kann es weder auf die Art noch das Ausmass der Gegenleistung ankommen, weil die einspracheberechtigten Personen diese Gegenleistung gar nicht anstelle des Dritten zu erbringen haben. Ausschlaggebend müsste sein, ob der in die Gemeinschaft neu Eintretende dies auf Grund einer vertraglichen Bindung tut oder kraft Gesetzes bzw. Universalsukzession in die Rechtsstellung des Ausscheidenden eintritt. Diese Betrachtungsweise hat zur Folge, dass einige Rechtsgeschäfte, die nicht zur Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigen, dennoch dem Einspracherecht unterliegen: Dazu gehören in erster Linie der Tausch und die Schenkung[19]; den anderen Stockwerkeigentümern ist es nämlich vollständig gleichgültig, was der Ausscheidende für seine Einheit erhält, sie sind nur an der Person des Neuen interessiert; m.E. geht es nicht an, die Zahl der einsprachefähigen Rechtsgeschäfte im Hinblick darauf, dass die Existenzberechtigung des Einspracherechts in der Stockwerkeigentümergemeinschaft zumindest problematisch ist, möglichst klein zu halten. Aus denselben Gründen muss die Ausübung des Einspracherechts auch beim Abschluss eines Leibrenten- oder Verpfründungsvertrages, beim Einbringen des Stockwerkeigentumsanteils in eine Gesellschaft oder bei der Errichtung einer Stiftung möglich sein; gerade in den letzten beiden Fällen hat die Gemeinschaft ein besonderes Interesse daran, zu verhindern, dass z.B. aus einer Wohnung Büroräumlichkeiten oder Konferenzzimmer gestaltet werden; hier zeigt sich deutlich, dass das rechtsgestaltende Vorkaufsrecht und das nur negativ (verhindernd) wirkende Einspracherecht strukturell verschiedenartig sind. Hingegen handelt es sich bei der Enteignung, bei der Zusprechung durch richterliches Urteil und beim Erbgang[20] nicht um einsprachefähige Rechtsgeschäfte.

Besondere Probleme bietet wiederum die Zwangsvollstreckung. Eindeutig ist die Rechtslage in Deutschland, denn der Gesetzgeber hat die Zwangsvollstreckung der rechtsgeschäftlichen Veräusserung ausdrücklich gleichgestellt (WEG 12 III 2)[21]; völlig unbestritten ist diese Regelung zwar nicht geblieben[22], doch wird de lege ferenda nicht an eine Änderung gedacht[23]. Erfasst ist nur die Geldvollstreckung, nicht aber etwa die Individualvollstreckung, die Zwangsverwaltung oder die Eintragung einer Sicherungshypothek[24].

lichen Regelung, argumentiert wird, der Verkauf unter Wohnungseigentümern bedürfe keiner Zustimmung, weil nach einer Einführung dieses vertraglichen Vorbehaltes die Zustimmung als solche unabhängig ist von den betroffenen Personen; vielmehr wäre nur zu fragen, ob angesichts der Teleologie von WEG 12 überhaupt je ein wichtiger Grund zur Verweigerung vorliegen könne, was verneinendenfalls zwar praktisch bewirkt, dass der Zustimmungsvorbehalt ins Leere fällt (vgl. dazu hinten § 34 III 3).

19 So auch Friedrich, § 49, N 3.

20 Friedrich, § 49, N 4; Bärmann/Pick, § 12, N 11.

21 Wenn WEG 12 III 2 nicht analog auch auf das Vorkaufsrecht angewendet wird, was bisher nicht erörtert, nur von mir – in einer kurzen Problemumreissung (vorne § 33 V A 2) – zur Diskussion gestellt worden ist, ergäbe sich in Deutschland auch diesbezüglich ein Unterschied zwischen dem Vorkaufsrecht und dem Zustimmungsvorbehalt zur Veräusserung.

22 Vgl. Bärmann/Pick, § 12, N 48; Palandt/Bassenge, § 12, N 1b; Soergel/Baur, § 12, N 13.

23 Die Revisionsvorschläge des Bundesrates (Drucksache 8/161) hinsichtlich WEG 12 würden nur bewirken, dass der bisherige Abs. 3 zu Abs. 5 wird; demgegenüber hält die Bundesregierung ohnehin am bisherigen WEG 12 fest.

24 Zum Zustimmungsrecht in der Zwangsvollstreckung im einzelnen: Bärmann/Pick, § 12, N 48 ff.

Demgegenüber hat sich der schweizerische Gesetzgeber zur Frage des Einspracherechts in der Zwangsvollstreckung nicht geäussert. Angesichts der systematischen Stellung in ZGB 712c ist jedoch davon auszugehen, dass eine Parallelität zum Vorkaufsrecht angestrebt wurde. Dies erscheint auch materiell als gerechtfertigt, weil sich die Verschiedenheit von Einsprache- und Vorkaufsrecht im Hinblick auf die Zwangsvollstreckung nicht auswirkt. Es ist m.E. sogar davon auszugehen, dass ein Einspracherecht noch problematischer wäre als ein Vorkaufsrecht: Die übrigen Stockwerkeigentümer hätten es nämlich in der Hand, nach dem Zuschlag innert 14 Tagen den Erwerber abzulehnen, weshalb von neuem das ganze Steigerungsverfahren durchzuführen wäre, ausser es liesse sich der nächsthöhste Bieter ausmachen (dem gegenüber das gleiche Spiel beginnt). Durch solche Aussichten würden die Kreditwürdigkeit der Raumeinheit und das Vollstreckungsverfahren allzu stark beeinträchtigt, als dass sich dies noch mit dem Interesse am Schutz vor neuen Gemeinschaftern rechtfertigen liesse[25].

2. Einen Spezialfall stellt die Erstveräusserung dar: Hat der Bauträger einseitig eine Gemeinschaftsordnung aufgestellt und verkauft er die Einheiten, so ist eine Zustimmung der Gemeinschaft erst dann möglich, wenn eine solche überhaupt existiert. Dies ist jedoch – an sich – nach dem ersten Verkauf der Fall[26]; dennoch wäre bei einem sofortigen Verkauf kaum ein Bedürfnis für die Einsprache vorhanden. Bedeutung erlangt aber diese "Durchgangs-Gemeinschaft" insbesondere dann, wenn der Bauträger Mühe hat und allenfalls Jahre braucht, bis er die Einheiten verkauft hat. Mit der Problematik des möglichen Einspracherechts hat sich die schweizerische Lehre überhaupt nicht befasst; die deutsche Lehre geht – meist ohne weitere Begründung – davon aus, dass WEG 12 bei der Erstveräusserung nicht anwendbar sei, weil diese Bestimmung ihren Sinn erst nach Entstehung der Wohnungseigentümergemeinschaft finde[27]. Diese Auffassung erscheint m.E. zweifelhaft: Sofern der Bauträger die erstellten Eigentumswohnungen ausschreibt und in kurzer Zeit verkauft, lässt sich die Einsprache zwar aus praktischen Gründen (wer hat wann gekauft und wäre demgemäss stimmberechtigt?) kaum durchführen; hingegen aktualisiert sich die Frage der Einsprache, wenn der Bauträger aus konjunkturbedingten Gründen einzelne Wohnungen zuerst vermieten muss, zumal die übrigen

25 Zuzugeben ist, dass es unter Umständen unbefriedigend erscheint, wenn ein vertraglicher Erwerber zu Recht (aus einem wichtigen Grund) zurückgewiesen werden kann und dieselbe Person dadurch, dass sie in der Zwangsvollstreckung am höchsten bietet, den Eintritt in die Gemeinschaft zu erzwingen vermag. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Einspracherecht nicht auf die Zwangsvollstreckung zugeschnitten ist. Ob die vertragliche Ausdehnung des Einspracherechts möglich ist, dürfte ebenfalls sehr zweifelhaft sein, weil die hinsichtlich des Vorkaufsrechts geäusserten Bedenken (vorne § 33 V A 4) hier noch in verstärktem Masse zutreffen. Soll der Bestand der Stockwerkeigentümergemeinschaft geschützt werden, so ist es – wenn schon – gerechtfertigter, den Gemeinschaftern ein Vorkaufsrecht zu erhalten (damit erleidet zumindest das Vollstreckungsverfahren keine übermässige Beeinträchtigung), als das Einspracherecht anzuerkennen.

26 Es bedarf also nicht etwa einer "konstituierenden Sitzung" nach dem Verkauf aller Stockwerkeinheiten.

27 So LG München I, 12.7.1961, DNotZ 1961, 193; Bärmann/Pick, § 12, N 6; Diester, Rechtsprechung, 118; Palandt/Bassenge, § 12, N 1a; Soergel/Baur, § 12, N 6.

Gemeinschaftsaufgaben ebenfalls organisatorisch zu bewältigen sind[28]. Vertraglich lässt sich die Problematik am einfachsten dadurch lösen, dass bestimmt wird, die Erstveräusserung unterliege nicht der Einsprache, sofern sie innerhalb einer bestimmten Frist (z.B. eines halben Jahres seit der notariellen Beurkundung der Gemeinschaftsordnung) erfolge; fehlt es an einer vertraglichen Regelung, muss m.E. das Einspracherecht von jenem Zeitpunkt an anerkannt werden, in dem die Organisation der Gemeinschaft einigermassen funktionstüchtig ist, weil schon von Beginn weg eine inhomogene Zusammensetzung der Stockwerkeigentümer zu vermeiden ist[29].

Ist in Deutschland der Verwalter zustimmungsberechtigt, muss er, falls er schon bestellt und nicht mit dem Bauträger identisch ist, mitwirken, weil er letztlich auch den künftigen Wohnungseigentümern gegenüber verantwortlich ist[30].

3. Dem Einspracherecht bzw. Zustimmungsvorbehalt unterliegt m.E. grundsätzlich auch die Veräusserung einer Eigentumswohnung (bzw. eines Teils davon) an einen bisherigen Stockwerkeigentümer, es sei denn, eine solche Verfügung werde bewusst davon ausgenommen. Der Sinn der Verfügungsbeschränkung liegt nämlich darin, den anderen Mitgliedern der Gemeinschaft ein Mitbestimmungsrecht aus ethischen, sozialen oder wirtschaftlichen Gründen einzuräumen; es ist nun aber nicht ausgeschlossen, dass solche Einwände gegenüber einem bisherigen Stockwerkeigentümer bestehen: Unter Umständen reicht die laxe Zahlungsmoral nicht gerade für einen Ausschluss aus, doch rechtfertigt sie vielleicht die Verweigerung des Erwerbs einer weiteren Eigentumswohnung. Gerade auf Grund der mit dem betreffenden Stockwerkeigentümer bisher gemachten Erfahrungen ergeben sich unter Umständen Indizien dafür, dass eine wertquotenmässige Verstärkung der Stellung in der Gemeinschaft zu einer Verschlechterung des internen "Klimas" führen könnte. In der Praxis wird dies zwar in den weit überwiegenden Fällen nicht zutreffen; dass der wichtige Grund gewöhnlich nicht erfüllt wird, berechtigt jedoch nicht zum Schluss, bei Veräusserungen innerhalb der Gemeinschaft finde ZGB 712c II/WEG 12 gar keine Anwendung; insbesondere handelt es sich bei der Verfügungsbeschränkung nicht um eine Ausnahmebestimmung (vom Grundsatz der Verfügungsfreiheit), die eng auszulegen wäre[31].

28 Das LG Bielefeld (17.10.1973, Rechtspfleger 1974, 111 f) hat die Geltung des Zustimmungsvorbehaltes sogar acht Jahre nach Begründung des Wohnungseigentums nicht anerkannt; dieser Auffassung sind Heinz Schopp in seiner Urteilsanmerkung (Rechtspfleger 1974, 112) und Diester (Rechtspfleger 1974, 245 f) mit Recht entgegengetreten. Neuerdings hat sich zwar das LG Lüneburg (14.1.1976, Der Wohnungseigentümer 1976, 124 f) dem LG Bielefeld wieder angeschlossen.

29 Immerhin ist der Bauträger, auch solange eine Einsprache aus organisatorischen Gründen nicht möglich ist, den Stockwerkeigentümern gegenüber, gestützt auf ZGB 2/BGB 242, verpflichtet, ihre Interessen an einem störungsfreien Zusammenleben (keine Beeinträchtigung durch unzumutbare Gebrauchsarten anderer künftiger Stockwerkeigentümer) zu berücksichtigen.

30 So auch Bopp, 119 f; fraglich hingegen Weitnauer/Wirths (§ 12, N 2), dass gewöhnlich davon auszugehen sei, der Bauträger wolle bei der Erstveräusserung nicht an die Zustimmung des Verwalters gebunden sein.

31 A.A. Schmedes, 422; er verkennt aber, dass mit der Einführung des Zustimmungsvorbehaltes nicht ein Ausnahmezustand geschaffen wird, sondern durchaus auch ein – willentlich herbeigeführter – Regelfall, der nicht a priori restriktiv, sondern gewöhnlich im Hinblick auf seine teleologische Zielsetzung hin zu interpretieren ist.

Das Einspracherecht bzw. der Zustimmungsvorbehalt hat auch dann seine Gültigkeit, wenn der Inhaber der Stockwerkeinheit einen Teil seiner Berechtigung in Mit- oder Gesamteigentum abgibt, also nur einen Bruchteil (ideellen Anteil) veräussert (z.B. wenn ein Ehegatte vor der Scheidung die bisher im Miteigentum beider stehende Eigentumswohnung dem anderen verkauft). Handelt es sich um einen Dritten, ist dies ohnehin klar, weil er mit den Rechten und Pflichten eines Gemeinschafters aufgenommen wird; ist der Erwerber schon bisher Gemeinschaftsmitglied gewesen, treffen auf ihn ebenfalls die vorgehend dargelegten Erwägungen zu[32].

4. Das Einspracherecht ist schliesslich ebenfalls anwendbar beim Vorliegen einer Teilveräusserung: In diesem Fall hat die Gemeinschaft ein besonderes Interesse an der Mitbestimmung[33]. Wenn nämlich der betreffende Stockwerkeigentümer seine Einheit aufgeteilt hat (sofern dies auf Grund der Abgeschlossenheitskriterien möglich ist) und damit neu zwei Eigentumswohnungen vorhanden sind[34], nimmt gewöhnlich die Gebrauchsintensität zu, ohne dass z.B. die Kostenbeteiligung steigen würde. Der Zustimmungsvorbehalt ist v.a. in Deutschland dann von besonderem Gewicht, wenn bei der vollständigen "internen" Teilung und späteren Weiterveräusserung die Durchführung des Wertquotenänderungsverfahrens nicht als notwendig erachtet wird[35].

Fragen kann sich letztlich noch, ob Veränderungen einzelner Räume innerhalb der Stockwerkeigentümergemeinschaft (z.B. Verschiebung einer Trennwand zwischen zwei Eigentumswohnungen, Raumtausch) dem Einspracherecht bzw. dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen. Soweit damit eine Änderung der Wertquoten verbunden ist, ergibt sich die Zustimmung schon aus dem diesbezüglichen Beschluss (Schweiz: ZGB 712e II) bzw. der entsprechenden Vereinbarung (Deutschland: WEG 6 I)[36]. Bleibt es bei der bisherigen quotenmässigen Verteilung der Miteigentumsanteile, hat der Raumtausch gar keine Auswirkungen auf die Gemeinschaft (gleiches Stimmrecht, gleiche Kostenverteilung, gleiche Benutzungsintensität), weshalb eine Mitwirkung als nicht gerechtfertigt erscheint.

5. Eine vertragliche Einschränkung der einsprachefähigen Rechtsgeschäfte ist möglich. In Frage kommt etwa der Ausschluss der Einsprache bei[37]:

- Veräusserung an einen bisherigen Stockwerkeigentümer;
- Veräusserung an den Ehegatten oder eine andere Person, die mit dem Veräusserer in bestimmter Weise verwandt oder verschwägert ist;
- Veräusserung im Zwangsvollstreckungsverfahren[38];
- Veräusserung bei freiwilliger Versteigerung nach einem Ausschluss (WEG 53 ff);
- Veräusserung innerhalb eines bestimmten Zeitraums, nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne oder bei der ersten Veräusserung;

32 So auch das OLG Celle, 2.7.1974, Rechtspfleger 1974, 438 und das KG, 20.6.1978, DNotZ 1979, 31 ff; a.A. wiederum Schmedes, 422.

33 Die Gemeinschaft wird dabei um einen Stockwerkeigentümer erweitert (wenn es sich nicht um ein bisheriges Mitglied handelt).

34 Vgl. auch Bärmann/Pick, § 12, N 29; OLG Stuttgart, 12.1.1973, DNotZ 1973, 692.

35 Vgl. vorne § 9 III B 3.

36 Soergel/Baur, § 12, N 9; Bopp, 120.

37 Friedrich, § 49, N 4; Bärmann/Pick, § 12, N 13; Weitnauer/Wirths, § 12, N 2; Bopp, 119.

38 Sofern diese nicht ohnehin als ausserhalb des Bereiches der einsprachefähigen Rechtsgeschäfte liegend betrachtet wird (vorne Ziff. 1 a.E.).

– allgemein bei einer Veräusserung, ausser bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (z.B. Verkauf an Ausländer).

Da ein umfassendes Einspracherecht bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht unproblematisch ist[39], drängt es sich im Einzelfall auf, anhand der konkreten Verhältnisse abzuklären, ob nicht die vertragliche Einschränkung der einsprachefähigen Rechtsgeschäfte angebracht ist. Wie die Einführung des Einspracherechts überhaupt bedarf die entsprechende Regelung jedoch eines einstimmigen Beschlusses.

Eine Ausdehnung der einsprachefähigen Rechtsgeschäfte ist jedenfalls insoweit ausgeschlossen, als die Pfandbestellung nicht von der Zustimmung der übrigen Stockwerkeigentümer abhängig gemacht werden kann[40]. Auch sonst ergeben sich kaum Ausweitungsmöglichkeiten; immerhin ist es denkbar, die Geltung des Einspracherechts im Zwangsvollstreckungsverfahren vorzusehen, sofern dies nicht bereits als bestehender gesetzlicher Zustand betrachtet wird[41]. Überdies dürften nur obligatorisch, nicht dinglich wirkende, vertragliche Veräusserungsbeschränkungen nicht ausgeschlossen sein[42].

IV Die Ausübung des Einspracherechts

A Die materielle Voraussetzung des wichtigen Grundes

1. Nach schweizerischem wie nach deutschem Recht steht die Zustimmung zur Veräusserung einer Stockwerkeinheit nicht im Belieben der übrigen Stockwerkeigentümer; die Verweigerung der Zustimmung darf nur aus einem wichtigen Grund erfolgen (WEG 12 II; gemäss ZGB 712c III ist die Einsprache entsprechend unwirksam, wenn sie ohne wichtigen Grund erfolgt).

Beim wichtigen Grund handelt es sich um einen unbestimmten, wertausfüllungsbedürftigen Begriff, der im konkreten Einzelfall nach Recht und Billigkeit zu individualisieren ist[43]. Der Entscheid hat auf Grund einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der verschiedenen Wertfaktoren zu fallen; massgebend für die Konturierung des wichtigen Grundes sind dabei die typischen Strukturelemente (Wesensmerkmale) des betreffenden Rechtsinstitutes[44].

2. Die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist eine Objektsgemeinschaft mit einem – je nach deren Grösse – unterschiedlich starken personalen Bezug. Der wichtige Grund liegt deshalb in der Gefahr des gemeinschaftswidrigen Verhaltens gegenüber den anderen Stockwerkeigentümern; auf Grund des Bestimmungszwek-

39 Vorne § 34 I 4.
40 Friedrich, § 49, N 6; Bärmann/Pick, § 12, N 4, 11; Weitnauer/Wirths, § 12, N 2; Palandt/Bassenge, § 12, N 1c; Soergel/Baur, § 12, N 2; Staudinger/Ring, § 12, N 1; Bopp, 119; a.A. Liver, SPR V/1, 94.
41 Dies gilt für Deutschland, m.E. aber nicht für die Schweiz (vorne § 33 V A 2). Hinsichtlich der vertraglichen Ausdehnung des Einspracherechts gelten dieselben Bedenken, wie sie anhand des Vorkaufsrechts angeführt worden sind (vorne § 33 V A 4).
42 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 646, N 38; Friedrich, § 49, N 6.
43 Meier-Hayoz, Einleitung, Art. 4, N 46 ff.
44 Vgl. eingehend vorne § 13 III A 3 und Roggwiller, 71.

kes des Gebäudes und der gegebenen Tatsachen (Lage, Umwelt u.a.) muss der mögliche Erwerber einer Stockwerkeinheit als unzumutbar erscheinen. Meist wird es sich so verhalten, dass je nach der Stärke der persönlichen und wirtschaftlichen Bindungen in der Gemeinschaft (häufig abhängig von der Grösse) der Dritte schneller "unerwünscht" (zu verstehen als unzumutbar für die Gemeinschaft) ist[45].

Ein Erwerber kann unzumutbar sein im Hinblick auf[46]:

- seine Persönlichkeit, wenn damit zu rechnen ist, dass er sich nicht in die Gemeinschaft einordnet (z.B. stört die Nichterfüllung gemeinschaftsbezogener Pflichten nachhaltig den Gemeinschaftsfrieden);
- seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, wenn er voraussichtlich keine Gewähr dafür bietet, die ihm auferlegten Beitragsleistungen bestreiten zu können;
- den Charakter und Bestimmungszweck der Liegenschaft, z.B. Unvereinbarkeit mit dem "Lebensstil" der Gemeinschaft (kein Verkauf von Eigentumswohnungen an Familien mit Kindern in einem Gebäude, in dem ausschliesslich ältere, ruhebedürftige Leute wohnen).

Hingegen kann der wichtige Grund nicht in reinen Nützlichkeits- oder Zweckmässigkeitserwägungen bestehen[47]; die Einschränkung des Verkaufswilligen, seinen Vertragspartner nur beschränkt aussuchen zu können, würde in einem solchen Fall ein Sonderopfer darstellen.

3. Nach völlig einhelliger Meinung ist ZGB 712c III zwingender Natur; vertraglich dürfen nicht leichtere Voraussetzungen an die Verweigerung der Zustimmung zu einem Verkauf gestellt werden (z.B. Absehen von einem wichtigen Grund oder Anerkennung eines freien Ermessensentscheides); die Zustimmung steht somit nicht im freien Belieben der Stockwerkeigentümer[48]. In Deutschland kann der zwingende Charakter des wichtigen Grundes zwar nicht aus WEG 12 II 1 herausgelesen werden, doch ergibt sich dies nach der herrschenden Lehre e contrario aus WEG 12 II 2: Es herrscht Einigkeit darüber, dass eine Zustimmungsklausel nicht zu einer willkürlichen und voraussetzungslosen Entscheidungsfreiheit der übrigen Wohnungseigentümer führt, sondern dass die Zustimmungsverweigerung eine sachliche Rechtfertigung im Sinne eines wichtigen Grundes haben muss[49].

4. Den Stockwerkeigentümern steht die Möglichkeit offen, solche Gründe, die sie für wichtig erachten, in der Gemeinschaftsordnung aufzuzählen[50]; sie können dadurch aber nicht aus einem unwichtigen Grund einen wichtigen machen. Der

45 Liver, SPR V/1, 95 f; Friedrich, § 49, N 7; Peter-Ruetschi, Stockwerkeigentum, 24; BGH, 15.6.1962, NJW 1962, 1613 f; BayObLG, 16.11.1972, NJW 1973, 153; Weitnauer/Wirths, § 12, N 5a; Staudinger/Ring, § 12, N 4; Bopp, 120.

46 Es gelten – entsprechend übertragen – die gleichen Kriterien wie für die Einsprache gegen die Vermietung (vorne § 13 III A 3); vgl. auch BayObLG, 16.11.1972, NJW 1973, 153; Bärmann/Pick, § 12, N 32; Weitnauer/Wirths, § 12, N 5a.

47 BayObLG, 16.11.1972, NJW 1973, 153.

48 Friedrich, § 12, N 7 und § 49, N 8.

49 Bärmann/Pick, § 12, N 35; Weitnauer/Wirths, § 12, N 5; Staudinger/Ring, § 12, N 4; Soergel/Baur, § 12, N 4; Palandt/Bassenge, § 12, N 1; Bopp, 119; Georg Furtner, Die rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung und ihre Sicherung, NJW 1966, 188 f.

50 Bärmann/Pick, § 12, N 32; Weitnauer/Wirths, § 12, N 5b; Diester, Rechtspfleger 1965, 205 und Rechtsprechung, 120; a.A. LG Kassel, 20.6.1963, zitiert bei Diester, Rechtsprechung, Nr. 40 (S. 120).

Richter hat den Einzelfall nach objektivierten Kriterien zu prüfen; auch subjektiv wichtige Beweggründe für die Unzumutbarkeit müssen von einer gewissen Tragweite sein. Der Richter ersieht jedoch im Streitfalle aus einem solchen Katalog immerhin Anhaltspunkte dafür, "welche Interessen die Beteiligten selbst für beachtlich halten"[51,52].

Bei der vertraglichen Gestaltung ist aber darauf zu achten, dass die ausgearbeiteten Regelungen klar sind; der einzelne (Verkaufswillige) muss daraus ersehen können, inwieweit allenfalls ein möglicher Erwerber seiner Einheit an der Zustimmung durch die anderen Stockwerkeigentümer scheitern könnte. Überdies gibt nur eine eindeutige und überblickbare Ausgestaltung die Gewähr dafür, dass alle Betroffenen gleich behandelt werden; dies ist insbesondere von Belang im Hinblick auf Ausnahmebestimmungen.

5. Einen Spezialfall bildet der Verkauf einer Eigentumswohnung an einen schon bisherigen Stockwerkeigentümer. Auch ein solcher Wechsel unterliegt grundsätzlich dem Einspracherecht; besteht aber überhaupt die Möglichkeit, dass je ein wichtiger Grund zur Zustimmungsverweigerung gegeben ist? Die Frage ist m.E. zu bejahen[53]. Die Stockwerkeigentümer können nicht nur ein Interesse haben, das Eindringen fremder Elemente, die eine Gefahr für das Gemeinschaftsleben darstellen, zu verhindern, sondern auch einer allzustarken Machtkonzentration auf einen Stockwerkeigentümer vorzubeugen, die unter Umständen die Struktur der Gemeinschaft ebenfalls verändert. Vielleicht ist überdies vorauszusehen, dass der betreffende ankaufswillige Stockwerkeigentümer der finanziellen Mehrbelastung bei mehreren Eigentumswohnungen kaum gewachsen sein dürfte. Dazu kommt ein Weiteres: Das bisherige Verhalten des Betroffenen kann leicht unzuträglich gewesen sein, ohne dass ein Ausschlussgrund (Unzumutbarkeit) schon gegeben wäre; hingegen spricht die vorherige Erkennbarkeit des teilweise wenig gemeinschaftsfreundlichen Verhaltens allenfalls gegen die Zustimmung zu einem Ausbau der Stellung in der Gemeinschaft, denn die Veräusserungsbeschränkungen dürfen m.E. weiter gehen als die Ausschlussgründe, weil mit diesen ein erheblicherer Eingriff in die persönliche Rechtssphäre verbunden ist[54].

Entsprechende Grundsätze gelten auch für den Wohnungstausch unter zwei Stockwerkeigentümern; praktisch dürfte es jedoch eher selten sein, einen wichtigen Grund zu finden, auf Grund dessen die Verweigerung der Zustimmung berechtigt erscheint.

51 Friedrich, § 49, N 8.

52 Das LG Mannheim (9.2.1977, Der Wohnungseigentümer 1978, 26 f) geht überdies davon aus, dass die erwähnten bestimmten Gründe zugunsten des Veräusserers eng auszulegen sind.

53 Gl.M.: Bärmann/Pick, KK, 61; OLG Celle, 2.7.1974, DNotZ 1975, 608; BayObLG, 9.3.1977, MDR 1977, 670; KG, 20.6.1978, MDR 1978, 935 f; missverständlich BayObLG, 12.1.1977, DNotZ 1977, 546–548; a.A.: Mengiardi, 114 (ohne Begründung); Palandt/Bassenge, § 12, N 1a; Tasche, DNotZ 1972, 717; OLG Celle, 29.3.1974, NJW 1974, 1910.

54 So auch Bopp, 121.

B Die Durchführung des Einspracheverfahrens

1. Um die Veräusserung einer Stockwerkeinheit zu verhindern, müssen die Stockwerkeigentümer "auf Grund eines von ihnen gefassten Beschlusses binnen 14 Tagen seit der ihnen gemachten Mitteilung Einsprache erhoben haben" (ZGB 712c II)[55]. Zur Gültigkeit der Einsprache bedarf es also zweier Voraussetzungen:

a) Rechtsgültig zustande gekommener Beschluss: Zuständig für die Einsprache ist also weder ein einzelner noch gar ein Dritter, sondern die Versammlung der Stockwerkeigentümer; es genügt dabei ein einfacher Mehrheitsbeschluss der anwesenden Gemeinschafter[56]. Trotz des etwas undeutlichen Gesetzeswortlautes ("die übrigen Stockwerkeigentümer") ist m.E. auch der verkaufswillige Betroffene stimmberechtigt, weil kein allgemeiner Grundsatz, wonach das Stimmrecht eines Gemeinschafters in den eigenen Angelegenheiten ruht, anzuerkennen ist[57]; das Interesse an einer Veräusserung ist legitim und zu berücksichtigen (keine Interessenkollision, ausser wenn etwa dieser Stockwerkeigentümer bereits über die Mehrheit der Stimmen verfügt, man also von einer echten Entscheidungsbildung nicht mehr sprechen kann).

Eine vertragliche Erleichterung der Voraussetzungen ist nicht möglich; insbesondere lässt sich das Einspracherecht nicht rechtsgeschäftlich einem einzelnen einräumen[58]. Hingegen ist eine Erschwerung möglich, z.B. durch eine vertragliche Qualifizierung der Beschlussfassungsvorschriften.

b) Beschlussfassung innert 14 Tagen: Ist einstimmig ein Einspracherecht vorgesehen worden, wird dem verkaufswilligen Stockwerkeigentümer die jederzeitige und sofortige Veräusserung verunmöglicht; weil er jedoch ein Interesse an einem möglichst raschen Entscheid hat, muss die Einsprache innert einer vertretbar kurzen Zeit erfolgen. Während dieser Zeit bleibt das abgeschlossene Rechtsgeschäft in der Schwebe. Die 14tägige Frist beginnt mit der Mitteilung an die anderen Stockwerkeigentümer zu laufen; auszugehen ist wohl davon, dass die Empfangnahme massgebend ist, wobei man auf die durchschnittliche Empfangswahrscheinlichkeit abzustellen hat[59]. Weil die Unsicherheit bei einer Mitteilung durch den verkaufswilligen Stockwerkeigentümer relativ gross ist und sein Aufwand je nach der Anzahl der Gemeinschafter nicht zu unterschätzen ist, empfiehlt sich eine andere vertragliche Regelung: Am sinnvollsten hat der Verkaufswillige den Verwalter zu benachrichtigen und dieser hat den Einsprachefall und hierauf allenfalls die Einberufung der Versammlung den übrigen Stockwerkeigentümern bekanntzugeben.

55 Zur umstrittenen Entstehungsgeschichte dieser Formulierung vgl. StenBull NR 1963, 219 f, 530 und StenBull StR 1963, 216 f, 284.

56 StenBull StR 1963, 217, 284; Friedrich, § 49, N 12.

57 So auch Friedrich, § 49, N 15; a.A. F. Schmid, 105; eingehend zu diesem Problemkreis vorne § 21 II C 3.

58 Friedrich, § 49, N 13.

59 Aus praktischen Gründen wird man nicht darauf abstellen, wann der letzte Stockwerkeigentümer die Mitteilung erhalten hat; dies kann zwar zur Folge haben, dass z.B. ein Ausländer von der rechtzeitigen Geltendmachung des Einspracherechts (bzw. Begehren um Einberufung einer Versammlung) faktisch ausgeschlossen ist, wenn er nicht einen Zustellungsbevollmächtigten in der Schweiz hat.

Nicht unproblematisch ist weiter die 14tägige Frist. Während es noch möglich ist, die erste Versammlung termingerecht anzusetzen, erscheint es im Falle ihrer Beschlussunfähigkeit praktisch ausgeschlossen, noch eine zweite Versammlung einzuberufen, weil zwingend eine zehntägige Frist zu wahren ist (ZGB 712p II). Dieses Problem hat der Gesetzgeber offensichtlich übersehen, vielleicht deshalb, weil im bundesrätlichen Entwurf eine Frist von nur 3 Tagen vorgesehen war[60]. Angesichts der gegebenen Rechtslage hält es schwer, zu entscheiden, welche – an sich zwingende – Formvorschrift im Zweifel eher durchbrochen werden kann; in Anbetracht der Tatsache, dass es sich beim Einspracherecht um einen relativ erheblichen Eingriff in die Verfügungsfreiheit des Stockwerkeigentümers handelt, wird man sein Interesse an einer möglichst baldigen Entscheidung wohl für schützenswerter halten müssen als das Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Frist für die Einberufung der zweiten Versammlung. M.E. sollte deshalb der Verwalter bemüht sein, die erste Versammlung etwa auf sieben Tage hin anzusetzen[61], damit bei deren Beschlussunfähigkeit nach weiteren fünf bis sieben Tagen noch eine zweite stattfinden kann[62].

2. Das deutsche Recht regelt das Zustimmungsverfahren überhaupt nicht; festgestellt wird nur, dass "andere Wohnungseigentümer" (alle oder einzelne) oder ein Dritter zustimmungsberechtigt sein können.

– Ob alle, einzelne oder nur ein einziger Wohnungseigentümer die Zustimmung zum Verkauf zu geben haben, hängt von der getroffenen Vereinbarung ab; ist ein Versammlungsbeschluss nötig, so ergeht er mit einfacher Mehrheit, ausser wenn eine Qualifizierung vereinbart worden ist; obwohl die Wohnungseigentümer frei sind, wird sich im Einzelfall fragen, ob es sinnvoll ist, die Entscheidungsmacht über den Eintritt möglicher Erwerber nur einer Person zu überlassen. Noch problematischer ist die Zustimmung durch Dritte[63]; der Gesetzgeber hat wohl in erster Linie an den Verwalter, der nicht Wohnungseigentümer ist, gedacht[64]. Will man nicht zu einer völlig unmotivierten Bezeichnung eines beliebigen Dritten greifen, kommen als mögliche Interessenten für die Zustimmung noch die Hypothekargläubiger in Frage[65]; dabei ist jedoch umstritten, ob ihnen gegenüber nicht BGB 1136 gilt, wonach eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräussern, nichtig ist[66]. Eine Rechtsprechung fehlt meines Wissens zu dieser Frage,

60 Dazu vorne § 22 I C.

61 Es handelt sich um einen Sonderfall, der m.E. eine kürzere Fristansetzung als üblich (10 Tage; vgl. vorne § 22 I C) rechtfertigt, was deshalb ohnehin problemlos ist, weil das Gesetz keine ausdrückliche Frist vorsieht.

62 Ein gewisses Risiko, dass auf Anfechtung hin das Gericht die Fristansetzung als nicht ausreichend erachtet, lässt sich dabei nicht vermeiden.

63 Bedenken hegen auch Palandt/Bassenge, § 12, N 1b (ohne Begründung).

64 Andere Dritte können wohl kaum ein erhebliches Interesse an einem friedlichen Zusammenleben in der Gemeinschaft geltend machen.

65 Es ist zwar nicht zu verkennen, dass eine Verschiebung der Interessenlage eintritt: Die Hypothekargläubiger haben weniger an der internen Gemeinschaftsverträglichkeit als an der Zahlungsfähigkeit des möglichen Erwerbers ein Interesse!

66 Für die Nichtigkeit sprechen sich Weitnauer/Wirths (§ 12, N 6a), Palandt/Bassenge (§ 12, N 1b), Diester (§ 12, N 5) und Soergel/Baur (§ 12, N 1) aus, dagegen Bärmann/Pick (§ 12, N 22 ff) und Staudinger/Ring (§ 12, N 3).

obwohl die praktische Bedeutung nicht gering ist[67]; es ist zu vermuten, dass sich der Gesetzgeber der Problematik in diesem Punkt nicht bewusst war. M.E. darf auf der einen Seite der Unterschied, dass BGB 1136 von einem Veräusserungsverbot und WEG 12 nur von einer Veräusserungsbeschränkung, die überdies richterlich überprüfbar ist, sprechen, nicht ausser acht gelassen werden; auf der andern Seite hätte der Gesetzgeber nicht Dritte als zustimmungsberechtigt erklären müssen, wenn er darunter nur den Verwalter verstand, nicht aber die Hypothekargläubiger, die zwar nicht ein rechtliches, aber doch finanzielles Interesse am möglichen Erwerber haben; obwohl ein so weitgehendes Eingriffsrecht von Dritten in die Belange der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht ohne Bedenken ist[68], kann also de lege lata den Hypothekargläubigern das Zustimmungsrecht eingeräumt werden. Unumstritten ist demgegenüber, dass der Verkauf der Liegenschaft als Ganzes (übereinstimmende Vereinbarung der Wohnungseigentümer, die automatisch auch die entsprechende Zustimmung mit sich bringt) nicht von der Zustimmung Dritter abhängig sein kann[69]; wenn es sich zwar theoretisch um die Veräusserung der einzelnen Einheiten handelt, so kauft doch der Erwerber ein ganzes Gebäude[70].

– Weil aus dem Gesetz keine konkreten Verfahrensregeln hervorgehen, empfiehlt sich eine vertragliche Regelung. Mangels einer solchen ist davon auszugehen, dass der Verkaufswillige alle Zustimmungsberechtigten von seiner Absicht in Kenntnis zu setzen hat; in grösseren Gemeinschaften wird man diese Aufgabe aber mit Vorteil dem Verwalter zuweisen. Eine Frist für die Zustimmung ist gesetzlich nicht vorgesehen; wenn sie nicht vertraglich festgelegt wird, muss dem Berechtigten eine angemessene Zeitspanne, wie sie nach Treu und Glauben unter loyalen Vertragspartnern zu erwarten ist, eingeräumt werden (nicht strenge 14-Tage-Frist, wenn auch evtl. Anlehnung an BGB 1829 II)[71]. Während die Frist läuft, bleibt das Rechtsgeschäft in der Schwebe (auch die Veräusserung in der freiwilligen Versteigerung und in der Zwangsvollstreckung); das Rechtsgeschäft wird durch die erteilte Zustimmung wirksam, und zwar rückwirkend[72]. Bei Verweigerung der Zustimmung kommt das Rechtsgeschäft nicht zustande.

67 Gerade die Banken versuchen sich oft Mitspracherechte für die Dauer der Gläubigerschaft zu sichern.

68 Im Einzelfall würde es sich m.E. etwa fragen, ob die Einräumung der Zustimmungsbefugnis an einen beliebigen Dritten ohne relevante Beziehung zur Gemeinschaft nicht als unsittlich (OR 20; BGB 138) bezeichnet werden müsste.

69 Gl.M. Bärmann/Pick, § 12, N 26 und Weitnauer/Wirths, § 12, N 6b.

70 Als Begründung ihrer Ansicht beziehen sich vor allem Weitnauer/Wirths, aber auch Bärmann/Pick (Anm. 69) auf den gesetzgeberischen Grundgedanken, wonach der Zweck der Veräusserungsbeschränkung darin bestehe, die Gemeinschaft vor dem Eindringen unerwünschter Personen zu schützen, dieser Schutz aber bei der Veräusserung im ganzen nicht in Betracht falle; diese Begründung würde jedoch hinsichtlich der Hypothekargläubiger versagen, weil diese ohnehin nicht am Gemeinschaftsleben, sondern nur an der Zahlungsfähigkeit des Erwerbers interessiert sind; es muss deshalb damit argumentiert werden, der Gesetzgeber habe die einzelne Einheit und nicht deren Zusammenfassung zu einem wirtschaftlich wieder einheitlich gewordenen Gesamtgebilde (auch wenn das Wohnungseigentum formal bestehenbleibt) im Auge gehabt.

71 Bärmann/Pick, § 12, N 42; Soergel/Baur, § 12, N 12; strenger Staudinger/Ring, § 12, N 7.

72 Trotz des nicht eindeutigen Wortlautes von WEG 12 III ("solange nicht") ist davon auszugehen, dass analog der allgemeinen Regelung (BGB 184) der Zeitpunkt der Wirksamkeit auf

3. Erhebt die Gemeinschaft Einsprache bzw. verweigern die Berechtigten ihre Zustimmung und ist der verkaufswillige Stockwerkeigentümer mit dem Entscheid nicht einverstanden, hat er den Richter anzurufen. ZGB 712c III ordnet ausdrücklich an, dass der Richter über das Begehren im summarischen Verfahren zu befinden hat. Vertraglich kann jedoch die Einsetzung eines Schiedsgerichtes vereinbart werden[73]. Zu klagen ist auf die Feststellung, dass die Einsprache unwirksam sei (Feststellungsklage). Während des Verfahrens bleibt das Rechtsgeschäft weiterhin in der Schwebe. Allfällige Schadenersatzansprüche wird aber der Betroffene nur dann geltend machen können, wenn die Einsprache von den übrigen Stockwerkeigentümern offensichtlich ohne Vorliegen wichtiger Gründe, mithin in unlauterer Absicht, erhoben worden ist[74]. Er geht also mit dem Vertragsabschluss ein gewisses Risiko ein. Dieselbe Regelung hat das deutsche Recht getroffen: Der beeinträchtigte Wohnungseigentümer hat im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (WEG 43 I 1) zu klagen; verweigert jedoch ein Dritter die Zustimmung, ist das ordentliche Gericht zuständig.

Keine Klagelegitimation hat der potentielle Erwerber der Stockwerkeinheit; der Anspruch auf Verfügungsfreiheit (und damit auf Beseitigung der Einsprache bzw. auf Zustimmung) ist unmittelbar mit der Rechtsstellung als Stockwerkeigentümer (Rechtsinnehabung) verbunden und lässt sich auch nicht vertraglich abspalten und übertragen[75].

4. Der Entwurf des deutschen Bundesrates will WEG 12 durch zwei neue Absätze erweitern, wonach für den Fall, dass der Verwalter oder nur einzelne Wohnungseigentümer (nicht aber ein Dritter) die Zustimmung zu geben haben, der beeinträchtigte Antragsteller an die Eigentümerversammlung gelangen kann; will er den Richter anrufen, ist deren Entscheid sogar eine Voraussetzung[76]. An den Versammlungsbeschluss werden überdies strengere Beschlussfassungsvorschriften gestellt (z.B. Hälfte der stimmberechtigten Wohnungseigentümer)[77]. Die Einsprache gegen den Verwalter-Entscheid soll nur dem Verkaufswilligen zustehen, nicht aber einem anderen Wohnungseigentümer; dies ist insoweit nicht konsequent, als durchaus der Fall eintreten kann, dass der Verwalter die Zustimmung missbräuchlich erteilt und deshalb das Interesse der übrigen Wohnungseigentümer an einem Versammlungsentscheid gegeben wäre.

In der Diskussion ist diese Änderung des WEG weitgehend auf Ablehnung gestossen[78]. Es erscheint denn auch fraglich, ob in jedem Fall die praktische Notwendigkeit für dieses – zusätzliche – Verfahren vorhanden ist, zumal es, v.a. in grösseren Gemeinschaften, mit einem nicht zu unterschätzenden Aufwand verbun-

den Vertragsabschluss zurückbezogen wird (so Palandt/Bassenge, § 12, N 4; Soergel/Baur, § 12, N 12; a.A. Weitnauer/Wirths, § 12, N 6; ohne eigene Stellungnahme Bärmann/Pick, § 12, N 41).

73 Friedrich, § 49, N 16; vgl. auch BayObLG, 4.1.1973, Rechtspfleger 1973, 139 und dort zitierte Literatur.

74 So auch Friedrich, § 49, N 16.

75 Vgl. Bärmann/Pick, § 12, N 40.

76 Vgl. die neu vorgeschlagenen WEG 12 III und IV: Drucksache 8/161, 5 f.

77 Eingehender dazu Drucksache 8/161, 15 ff; vgl. auch Demharter, Rechtspfleger 1977, 47.

78 Vgl. Bärmann, Rechtspfleger 1977, 240; Bärmann, 25 Jahre, 23 f; Dieter Stephan, Die Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes aus der Sicht der Rechtsprechung, in: Novellierung des Wohnungseigentumsgesetzes, 71 f.

den sein wird. Jedenfalls wird sich eine starke zeitliche Verzögerung ergeben, die – faktisch – eine wesentliche Erschwerung des Zustimmungsvorbehaltes bedeuten dürfte. Es kann zwar durchaus konkrete Verhältnisse geben, in denen die Anrufung der Versammlung wünschenswert erscheint; für solche Fälle sollte die vertragliche Einführung dieses Verfahrens offengehalten werden; hingegen erscheint die generelle gesetzliche Anordnung als übertrieben. Die Bundesregierung hat denn auch von einer Revision von WEG 12 abgesehen[79].

Die schweizerischen Verhältnisse können als Vergleich nicht herangezogen werden, weil ein grundlegender struktureller Unterschied zwischen der Einsprache und der Zustimmung besteht[80]: Bei der ersteren muss ein potentiell Beeinträchtigter vorgehen (mit dem ganzen Verfahrensrisiko), während bei der zweiten der Verkaufswillige selber die Anstrengungen zu unternehmen hat, unter Umständen auch im Fall, dass sich kein Wohnungseigentümer gegen den Verkauf ausspricht.

79 Drucksache 445/78, 8 und Drucksache 8/2444, 8.

80 Wenn z.B. in der Schweiz die Versammlung nicht beschlussfähig ist, kommt die Einsprache nicht zustande und der Betroffene kann seinen Anteil verkaufen; im gleichen Fall würde der Wohnungseigentümer in Deutschland die Zustimmung nicht erhalten und müsste deshalb den Richter anrufen.

LEBENSLAUF

Ich wurde am 9. Juni 1951 in Zürich geboren und besuchte hier die Volksschule sowie das Literargymnasium Zürichberg. Nach bestandenen Maturitätsprüfungen (Typus A) begann ich im Herbst 1970 meine Studien an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, die ich im Januar 1975 mit dem Lizentiat abschloss. Vom August 1975 bis Juni 1977 war ich Auditor und Substitut/Gerichtssekretär am Bezirksgericht Uster; anschliessend legte ich die Anwaltsprüfung des Kantons Zürich ab. Seit Februar 1978 bin ich als Halbtages-Assistent am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität tätig; seit Jahren arbeite ich überdies als freier Journalist; auch hatte ich Gelegenheit, bisher in drei Fachzeitschriften (ZSR, SJZ, ZBGR) Beiträge zu veröffentlichen.